BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III.
RACCOLTA
VILLAROSA
C
124
NAPOLI

Racc. Ill. C. 124, (VII

BIBL. NAZ
Vitt Emanuele III.
RACCOLTA
VILLAROSA
C
124
NAPOLI

Racc. Vll. c. 124 (VII

ALLEGAZIONI

DI GIUSEPPE PASQUAL CIRILLO

Primario Professor di Leggi nella Regia Napoletana Accademia, ed Avvocato famigeratissimo.

DISTRIBUITE IN PIU' TOMI

DALL' AVVOCATO

DOMENICO BRACALE,

E dal medesimo disposte per materie, e corredate di argomenti, e sommarj a ciascuna allegazione corrispondenti, e di generale indice, e distinto, il quale si allogherà nell' ultimo tomo di quest' Opera.

TOMO SETTIMO.

BIBLIOTECA NAZIONALE NAPOLI

IN NAPOLI MDCCLXXXII.

Nella Stamperia de' Fratelli di Paci.

Con Licenza de' Superiori.

592936

Digitized by Google

ALLEGAZIONI,

LE QUALI CONTENGONO LE SEGUENTI MATERIE.

Si profegue la materia

I. Delle Alienazioni ——— *fol.* 5.

II. Dell' Enfiteuſi ——— *fol.* 24.

III. Della Locazione, e della Conduzione temporale ——— *fol.* 62.

IV. Delle Tranſazioni ——— *fol.* 199.

DELLE ALIENAZIONI.

Per lo magnifico Domenico Pinto contra D. Niccolò Vaſtalegna, e D. Fulvia Terragnoli.

ARGOMENTO.

I. Non può il padre dare nel teſtamento il Curatore al ſuo figliuol prodigo.

II. Il contratto fatto dal prodigo, cui ſia ſtata dal Giudice interdetta l' amminiſtrazion de' beni, è valido; quandochè però colui, che abbia col prodigo contrattato, non abbia avuta ſcienza dell' interdizione.

SOMMARIO.

1 *L' Curatore dato dal padre al figlio minore, deveſi dal Magiſtrato confermare.*

2 *Al figlio furioſo, può il padre dare il curatore nel teſtamento.*

3 *Al figlio prodigo, non può il padre dare il curatore nel teſtamento:* Ved. il num. 1. e 2.

4 *Della differenza, che paſſa tra 'l prodigo, e 'l furioſo.*

5 *In quali caſi vaglia, o non vaglia il contratto fatto dal prodigo:* Ved. il num. ſeg.

6 *Della ſcienza, che debba aver colui, che contragga col prodigo interdetto della propria roba.*

7 *L' alienazione fatta contr' il divieto del Giudice, è nulla. E valida, dove di un tal divieto non abbia ſcienza il compratore:* Ved. il num. 9. e 10.

8 *La notifica del decreto, che aſſi a fare fuori del luogo del giudizio, è nulla, ſe non ſi faccia in preſenzia di due teſtimonj.*

11 *Il temerario litigante dev' eſſer condannato alle ſpeſe della lite.*

AL-

ALLEGAZIONE I.

NEL dì 18. del meſe di Aprile dell' anno 1753. vendè D. Franceſcantonio Vaſtalegna al magn. Domenico Pinto per duc. 800. un capitale di pari ſomma ereditario di ſua madre, per cui ſi corriſpondeano dal Marcheſe Cedronio annui ducati 38. Se ne ſtipulò l' iſtrumento dal Notajo Domenico Carrino: e ne fu dal Pinto pagato interamente il prezzo. Coteſta vendita s' impugnò nella G. Corte da D. Niccolò Vaſtalegna, zio paterno del venditore, cui riuſcì di ottenere, quando ſi diè termine nella cauſa, che ſi ordinaſſe al Marcheſe Cedronio di far depoſito delle annualità. Ma finalmente, compilatoſi il termine, profferì la G. Corte il ſeguente decreto diffinitivo: *Dominicus Pinto abſolvatur ab impetitis pro parte magn. D. Nicolai Vaſtalegna pro cauſſa, ut ex actis: ac proinde ſequeſtrum factum ſuper quantitatibus debitis ab Ill. Marchione Roccae Evandri pro capitali in actis deducto, tollatur.*

tur. Contra coteſta prima parte del decreto richiamoſſi al S. Conſiglio D. Niccolò. Ma ſoggiungeſi nel decreto: *Verum ſint ſalva jura reſpectu praetenſorum pro parte d. magnifici D. Nicolai in alio judicio, pro quo effectu d. Ill. Marchio non veemat capitale praedictum inconſulta M. C. etiam pro cautela dotium D. Fulviae Terragnoli, donec aliter &c. & pro litis expenſis partes abſolvantur ad invicem*. Contra coteſta ſeconda parte del decreto richiamoſſi ancora al S. Conſiglio Domenico Pinto, per cui ora ſcrivo: e queſta è la cauſa, che aſſi a decidere.

CAPO I.

Si eſamina la prima parte del decreto.

PReteſe D. Niccolò nella G. Corte, e pretende anche oggi nel S. Conſiglio, eſſer nulla la vendita fatta dal ſuo nipote, come fatta da un prodigo. Provò nella G. Corte la prodigalità del nipote per lo teſtamento del padre, che tale il dichiarò, e ſeguentemente ad eſſo D. Niccolò diè l' amminiſtrazione de' di lui beni: amminiſtrazione, che, in virtù del ſuddetto teſtamento, gli fu poi deferita dalla Corte di Benevento. La provò ancora per un altro decreto della medeſima Corte, per cui alcuni meſi prima, che la vendita ſi faceſſe, era ſtata interdetta a D. Franceſcantonio, come a prodigo, l' amminiſtrazione de' beni. L' ha poi nel S. Conſiglio provata per più teſtimonj, che, deponendo ſull' art. IX. dicono, *che appena giunto colui alla età di 12. anni, cominciò a contrarre debiti di ſomma conſiderazione, tantoche comprava da pubblici mercadanti, ed orefici varie robe, e ſpecialmente oro, ed argento, e poi per capriccio riven-*

vendeva a viliſſimo prezzo, e conſumava il danaro in gioco, e con donne di mal' odore.

Di coteſte pruove non è da tenere alcun conto. E per cominciare dall' ultima, ſi vuol primamente notare, che i quattro teſtimonj prodotti da D. Niccolò, non meritano alcuna fede. Eſſi, deponendo ſull'artic. X, dicono di ſapere, ch' eſſendo *tenue il patrimonio di D. Bartolomeo, e dovendoſi monacare D. Caſſandra*, ſorella di D. Franceſcantonio, i *duc. 600.*, che vi biſognarono, *furono pagati da D. Niccolò*. Quante menzogne!. Il patrimonio di D. Bartolomeo non era tenue di certo. Avendo egli donata ſua roba a D. Franceſcantonio per contemplazion delle nozze, che poi contraſſe con D. Fulvia Terragnoli, ſi riſerbò la facoltà di diſporre di duc. 2000. Oltre a ciò, non è vero, che D. Niccolò ſpeſe di ſuo i duc. 600. Lo ſteſſo D. Niccolò più volte confeſsò nella G. Corte, che *di proprio danaro di D. Bartolomeo era ſtata dotata D. Caſſandra*. E' maſſima indubitata di Legge, che chi dice il falſo in una coſa, è da preſumere, che 'l dica ancora in tutte. E poi chi è, cui poſſa parer veriſimile, che *mercadanti, ed orefici* vendeſſero ad un fanciullo di 12. anni *oro, ed argento*, ed altra roba *di ſomma conſiderazione?* ad un fanciullo, ch' era figlio di famiglia? ad un fanciullo, il cui padre aveva (a detto loro) *tenue patrimonio?* Per riſpetto di quel, che leggeſi della prodigalità di D. Franceſcantonio nel teſtamento del padre; comechè ſia graviſſimo il giudizio paterno, non dee però valer tanto, che, perchè 'l padre dichiari prodigo un figlio, abbia coſtui ad averſi per tale, e non poſſa amminiſtrare ſua roba. E quando ſi voglia concedere al padre qualche diritto ſulla roba, che da lui paſſa al figlio, non gli ſi può di certo concedere ſopra quella, che al figlio è pervenuta dalla madre, qual è 'l capitale, di cui ora ſi tratta. Permettron le Leggi al pa-

padre di dare nel teſtamento il curatore al figlio minore, non al prodigo: e per riſpetto del curatore dato nel teſtamento al minore, non ſono le leggi contente del ſolo giudizio del padre: vogliono ancora, che ſi confermi dal
2 Magiſtrato (*a*). Solamente al figlio *furioſo* volle Giuſtiniano, che poteſſe il padre dare il curatore nel teſtamento (*b*); ma chi è, che oſi di eſtendere la Coſtituzion di Giuſtiniano dal furioſo al prodigo?
3 Prima di quella Coſtituzione, non permetteaſi al padre di dare nel teſtamento il curatore al figlio furioſo. Dunque, come correttoria del jus antico, deve interpetrarſi così ſtrettamente, che non ſi eſtenda al prodigo, tuttochè pari foſſe la ragione nel prodigo, e nel furioſo. Ma non è pa-
4 ri di certo. Il furioſo affatto non intende quel che fa, Il prodigo, tuttochè male amminiſtri la ſua roba, nondimeno intende quel che fa: onde più facilmente ci poſſiamo ingannare nel credere, che taluno ſia prodigo, che nel crederlo furioſo. Torna bene quì un reſcritto dell' Imp. Pio (*c*): *Non eſt novum, quosdam, & ſi mentis ſuae videbuntur ex ſermonibus compotes eſſe, tamen ſic tractare bona ad ſe pertinentia, ut, niſi ſubveniatur his, deducantur in egeſtatem.* Finalmente, per quel, che ſi appartiene al decreto, col quale fu dalla Corte di Benevento interdetta a D. Franceſcantonio l'amminiſtrazion de' beni, riſpondo in primo luogo, che di quello non ſi è tenuto alcun conto nè nella G. Corte, nè nel S. Conſiglio, ne' quali due Tribunali fu prodotto da D. Niccolò: riſpondo in ſecondo luogo, che quel decreto non oſta alla validità della compera, poichè Domenico Pinto

(a) *L.* 1. §. 3. *ff. de confirm. tut. vel curat.*, & §. 1. *Inſt. de curat.*

(b) *L. ult.* §. 5. C. *de curat. furioſi.*

(c) *In L. his, qui* 12. §. 2. *de tut. & cur. dat.*

to nulla sapeva, nè poteva saper nulla degli atti della Corte di Benevento. Han dubitato gl' interpetri, se vaglia il contratto fatto dal prodigo, dappoichè gli era stata dal Giudice interdetta l' amministrazion de' beni, quandochè però colui, che contrasse col prodigo, non sapea l' interdizione. Disser di no Alessandro (a), ed alcuni altri pochi. Ma la più gran parte degli antichi, e de' moderni, disser di sì, seguendo il de Castro (b). Se non che è questa, per mio avviso, non opinion de' Dottori, ma certa, ed indubitata sentenza del jus civile. Scrisse Pomponio (c): *Si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit .... dominus non ero.* Scrisse Paolo (d): *Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias: usucapere non potes.* Le parole *sciens*, e *scias* di Pomponio, e di Paolo, mostrano chiaramente, che la vendita fatta dal prodigo interdetto della propria roba, e l' usucapione della roba altrui dal prodigo interdetto venduta, allora non si sostengono, quando chi compera, ha la scienza della interdizione de' beni. Dunque, per argomento tratto dal senso contrario, quando il compratore non ne ha scienza, vale il contratto: e se la roba è propria del prodigo, se ne trasferisce il dominio: se la roba è di altrui, l' usucapione procede. A cotesto argomento non potè rispondere Alessandro, nè alcun di que' pochi, che la di lui opinione seguirono. Così l' accuratissimo Fachineo (e): *Contrariam sententiam sequutus est Alexander, eo argumento, quod jure non probatur, hoc in casu valere contractum; sed quum non respondeat ad L.* si sciens *ff. de*

(a) *In L. is cui bonis n.* 12. *de verb. oblig.*
(b) *In d. L. is cui bonis num.* 11.
(c) *In L. si sciens* 26. *de contr. emt.*
(d) *In L. si ab eo* 12. *de usurpat. & usucap.*
(e) *Controv. jur. lib.* 2. *cap.* 68.

contrab. emt. (ch'è'l teſto di Pomponio) *cujus auctoritate valde probabilis prior eſt ſententia, eam tamquam communiorem, & aequiorem magis probo.* La pruova della ſcienza dovrebbe farſi da D. Niccolò Vaſtalegna. Coteſta pruova non ſi è fatta; ed è ben malagevole a farſi contra la veementiſſima preſunzione, che milita in pro del Pinto. Eſſendo ſtata l'amminiſtrazione a D. Franceſcantonio interdetta da una Corte ſtraniera, ſi ha da preſumere, che nulla il Pinto ne poteſſe ſapere. Così fu deciſo nel Senato di Savoja ne' tempi di Antonio Fabro: e pur ſi trattava di prodigo, cui eraſi interdetta l'amminiſtrazione in un' altra provincia, ma del medeſimo Principato, ch' è una graviſſima circoſtanza, che non concorre nel noſtro caſo (a): *Si is, qui in alia provincia habitabat, cum eo contraxerit, cui bonis interdictum erat a judice, non ideo ſola interdictionis poteſtate contractus nullus videbitur; eſt enim veriſimilis haec ignorantia prohibitionis, & interdictionis.* Se ne ſoggiunſe dal Fabro la ſeguente ragione (b): *Non ſolum quod ſit ignorantia facti alieni, l. ult. ff. pro ſuo; ſed etiam quod difficile ſit cuilibet ſcire ea, quae extra ſuam provinciam geruntur; praeter id, quod dici ſolet, ac verum eſt, vocem praeconis paucis innoteſcere.*

Ma non per la ſola prodigalità di Franceſcantonio pretende D. Niccolò, che nulla ſi dichiari la vendita del ſuddetto capitale. Pretende ancor, che ſia nulla, perchè fatta contr'al precetto del Giudice. Nel dì 24. del meſe di Gennajo dell' anno 1753. ad iſtanza di D. Fulvia Terragnoli moglie di D. Franceſcantonio, fu a coſtui ordinata dal Giudice D. Pietro Senzio, che non alienaſſe: il qual decreto gli fu notificato in Benevento nel dì 16.

del

(a) *Ant. Fab. in Cod. lib. 5. tit. 38. def. 1.*
(b) *In Not. num. 2.*

del meſe di Febbrajo; cioè due meſi, ed alquanti giorni prima, che quella vendita ſi faceſſe. Che l'alienazion 7
fatta contra 'l divieto del Giudice ſia nulla, non è da dubitare (*a*).

A coteſta objezione renderò più riſpoſte. La prima è. Notificandoſi il decreto fuori del luogo del giudizio, 8
doveano alla notificazione eſſer preſenti due teſtimonj ſecondo una eſpreſſa Prammatica del Regno (*b*), nella qual ſi ſoggiunge, che la citazione altrimenti fatta non vale. Coteſta neceſſaria ſolennità in quella notificazione non ſi oſſervò. La ſeconda è. Sebben ſia vera la rego- 9
la, che non vale la vendita fatta contra 'l precetto del Giudice; nondimeno ſi eccettua il caſo, quando d' un tal precetto non ha notizia il compratore. Queſta eccezione ci vien propoſta non oſcuramente dal giuriſconſulto Paolo nelle ſoprarrecate parole (*c*): *Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu ſcias, uſucapere non potes*. Eraſi nel caſo di Paolo vietata l' alienazion dal Pretore, che, come ſi sa per ciaſcuno, era uno de' Magiſtrati maggiori di Roma. Dunque, vendendoſi contr' al divieto del Pretore la roba aliena, non potea procedere l' uſucapione, perchè, eſſendo nulla la vendita, mancava il giuſto titolo. Ma, dicendo Paolo, *idque tu ſcias*, ci fa chiaramente conoſcere, che ſe 'l compratore aveſſe ignorata la proibizion del Pretore, ſarebbeſi fatto luogo alla uſucapione. Ma come potea queſta procedere altrimenti, che valendo la vendita? Certamente ſenza il giuſto titolo non può l' uſucapion cominciare. Dunque Paolo ſuppoſe come coſa indubitata, che ignorandoſi dal compratore del precetto del Giudice, la vendita ſi ſoſteneſ-

(a) *Sanfel. deciſ.* 105. *num.* 6. *& ſeqq.*
(b) *Pr.* 2. *de ord. jud.*
(c) *In d. L.* 12. *de uſuc.*

ſe. Tanto opera appreſſo i Romani giuriſconſulti la buona fede. Oltre a ciò, tutto quel, che di ſopra ſi è ſcritto di chi compra con buona fede dal prodigo dopo l'
10 interdizione, tutto ha luogo anche quì. L'interdizione, che faſſi al prodigo, altro non è, che un precetto del Giudice di non alienare: anzi è quella qualche coſa di più, sì perchè faſſi con più eſatta cognizion di cauſa, come perchè ſi dee ſolennemente pubblicare colla voce del banditore, ſecondochè inſegna il lodato Antonio Fabro (*a*). Or ſe l'ignoranza, e la buona fede del compratore ſoſtiene il contratto celebrato col prodigo interdetto, molto più dee ſoſtenerlo, quandochè ſia celebrato col non prodigo, cui abbia il Giudice fatto il divieto di alienare. Dovrebbe dunque provare D. Niccolò, che'l Pinto ebbe ſcienza del decreto del Giudice Senzio. Ma coteſta pruova manca del tutto.

CAPO II.

Si eſamina la ſeconda parte del decreto.

NElla ſeconda parte del decreto ſi riſerbarono a D. Niccolò le ragioni in altro giudizio, perchè le di lui pretenſioni non eran cadute ſotto il termine dato dalla G. Corte. E comechè ſi luſinghi D. Niccolò, che ne abbia oggi a giudicare il S. Conſiglio, e' ſe ne luſinga in vano. Il S. Conſiglio, dovendo giudicare in grado di appellazione, dee, ſecondo le notiſſime regole della Legge, uſar di ſua giuridizione su quelle ſole coſe, che furono nella G. Corte dedotte, e ſulle quali fu dato il termine dalla G. Corte. Ma ſi rechino pure ad eſa-

(a) *In d. def. d. num.* 2.

esame, e ne giudichi il S. Consiglio. Vuole D. Niccolò Vastalegna quel, ch' e' pagò di suo per le doti di D. Cassandra sua nipote? Ma come il può pretendere dopo che ha egli in due istanze confessato nella G. Corte, che *di proprio danaro di D. Bartolomeo era stata colei dotata?* Vuole duc. 150., che da D. Nicoletta Pepe, madre di D. Francescantonio, furon legati per messe, de' quali 50. e' dice, che furon pagati da D. Bartolomeo, di cui egli fu erede, e 100. da lui di suo danaro? Ma primieramente non ci è di tutto ciò, ch' e' dice, alcuna pruova negli atti: secondamente, avendo D. Bartolomeo, come padre, e legittimo amministratore di D. Francescantonio, per più anni amministrata l' eredità di D. Nicoletta, da' conti, che di cotesta amministrazione si debbon dare, apparirà, se 'l debitore esser debba l' amministratore, o l' erede.

Intanto è da sperare, che debba il S. Consiglio 11
condannare D. Niccolò Vastalegna alle spese contr' a ciò, che nel fine del decreto si legge. E' notissimo quel detto di Ulpiano (a): *Eum, quem temere adversarium suum in judicium vocasse constitit, viatica, litisque sumtus adversario suo reddere oportebit*. La pretensione del Vastalegna si è da me mostrata contraria a chiare ed espresse disposizioni di Leggi: il perchè dee *temeraria* chiamarsi.

Di casa il dì 11. del mese di Aprile dell' anno 1758.

Per

(a) *In L. eum 79. ff. de judic.*

Per lo Barone D. Luigi, per D. Antonio, e per D. Gaſpare Ricciulli del Foſſo contra D. Catterina Pallone.

ARGOMENTO.

L'Alienazione di un fondo di un impubere ſoggetto a fedecommeſso, e reſo litigioſo, eſſendoſi fatta dal padre come amminiſtratore de' beni dello ſteſso figlio impubere, per dismetterne i debiti del fedecommettente, è valida, tuttochè ſia ſtata fatta ſenza decreto di Giudice.

SOMMARIO.

1 *IL padre può alienare i beni del figlio, de' quali è legittimo amminiſtratore.*

2 *Quali ſono i caſi, onde le alienazioni delle coſe litigioſe reputanſi valide:* Ved. i num. ſeg.

6 *Chi impugna il teſtamento, donde naſce il fedecommeſſo, non può valerſi dello ſteſſo fedecommeſſo.*

7 *La vendita della roba ſottopoſta a fedecommeſſo puro, non vale. Ma ſe'l fedecommeſſo è condizionato, vale, pendente la condizione.*

8 *Ne' fedecommeſſi puri vale la vendita de' beni fatta per eſtinguerſi i beni del fedecommettente, tuttochè ſiaci eſpreſſa proibizion d' alienare: nè ſi richiede decreto di Giudice:* Ved. il num. ſeg.

AL-

ALLEGAZIONE II.

AVendo D. Gabriele Gargano, come padre di D. Benedetta, e legittimo amministratore de' di lei beni, venduto al Barone D. Stefano Ricciulli, padre di D. Luigi, di D. Antonio, e di D. Gaspare, un fondo detto la *Corura*, fondo a D. Benedetta pervenuto dalla eredità di D. Auria Parise sua madre: ed avendolo venduto per estinguer debiti ereditarj, pretende D. Catterina Pallone, figlia della suddetta D. Auria, che si maritò la prima volta in D. Giambatista Pallone, esser cotesta vendita del tutto nulla; e 'l di lei dottissimo Difensore, quel dì, che della causa ragionò nel S. Consiglio, propose tre *nullità* di quel contratto. A' di lui argomenti, ecco mi fo io a rispondere in questa breve Scrittura.

PRIMA NULLITA'.

DA Benedetta (diceva il dotto Avversario) era *pupilla*: seguentemente nella vendita di quel fondo si doveano osservare quelle solennità, senza cui le distrazioni de' beni de' pupilli non vaglion per Legge.

RISPOSTA.

DA Benedetta era *impubere*, non *pupilla*, poichè nel tempo della vendita era sottoposta al padre, non al tutore. Grande è poi la differenza tra 'l tutore, e 'l padre. Il tutore, senza le solennità della Legge, non può distrarre i beni del pupillo: può per contrario, senza decreto di giudice, alienare il padre i beni del figlio, de' quali è legittimo amministratore. Così l'Imp. Giusti-

niano (a): *Sin autem aes alienum ex defuncti persona descendit, quum etiam apud veteres haec esse substantia intelligatur, quae post detractum aes alienum superfederit; habeat pater licentiam ex rebus hereditariis.... sufficientem partem nomine filii venundare, ut illico reddatur aes alienum.* Così ancora decise il Senato di Savoja appresso il Fabro (b): *Non bene tutori comparatur pater in administratione bonorum filii, quamvis uterque sit legitimus administrator; tutor enim, quamvis aes alienum urgeat, tamen pupilli rem sine decreto distrahere non potest: pater potest, sive quod plus juris habeat, qui non solum administrator est, sed etiam fructuarius, sive quod multo minus suspecta patris, quam tutoris fides esse debeat.*

SECONDA NULLITÀ.

Diceva ancor l'Avversario. Fu quel fondo venduto, quando, per l'azione istituita da' figli del primo letto contr' a' figli del secondo, erasi fatta d'ordine del Giudice l'annotazione de' beni ereditarj di D. Auria Pasise, in virtù di cui era quel fondo divenuto litigioso.

RISPOSTA.

2 NOn si dubita, che nulle sono le alienazioni delle cose litigiose. Nulle le dichiarò l'Imp. Giustiniano (c). Ma vuolsi osservare, che ci son casi, che si traggon fuora di cotesta regola di Legge. Alcuni n'eccettuò l'Imp. Giustiniano per le seguenti parole (d): *Excepta his,*

(a) *In L. ult. §. sin autem 4. C. de bon. quae lib.*
(b) *In C. tit. 36. def. 3.*
(c) *In L. lite 2. C. de litig.*
(d) *In L. censemus 4. in fin. Cod. eod.*

bis, qui vel dotis nomine, vel ante nuptias donationis, vel tranſactionis, aut diviſionis rerum hereditariarum factae, vel per legati, vel per fideicommiſſi cauſſam tales res, vel actiones dederint, vel acceperint. Eccettuò i medeſimi caſi il noſtro Imp. Federigo in una ſua Coſtituzione (*a*). Ma coteſti 3
caſi non s'intendono così *taſſativamente* eccettuati, che non ſe ne debba eccettuare anche qualche altro. E ben qualche altro ancora n'eccettuano il più de' migliori interpetri della Coſtituzion di Giuſtiniano, e tutti i forenſi, ſenza contraddetto di alcuno. Vaglia per tutti il ſolo Card. de Luca, che, trattando della nullità della vendita de' beni litigioſi, ſcrive (*b*): *Ad hunc effectum duo copulative deſiderantur, primo ſcilicet, ut verum & formale vitium litigioſi contractum ſit in his bonis: ſecundo, ut nulla concurrat legitima cauſſa, quae id licitum reddat, unde propterea vel ſit unus de caſibus in eadem L. finali exceptis, vel QUOD SIT SIMILIS, CUI EADEM RATIO CONGRUAT*. E perchè non pochi ſono i caſi ſimiglianti, ſoggiunge quel giudizioſo Scrittore, che ben di rado nel foro ſi va tant'oltre, che sì fatte alienazioni ſi dichiarino nulle (*c*): *Rari ſunt caſus, in quibus hic effectus* (della nullità) *in praxi verificetur*.

La ragion, per cui ne' caſi da Giuſtiniano eccettuati permettesi l'alienazione, è, perchè faſſi in que' caſi 4
l'alienazione per cauſa oneſta, e neceſſaria, non per *veſſare l'avverſario*, come il Cujacio ſcrive (*d*), o, come dice l'Imp. Federigo, *per impedire il proceſſo del giudizio*. Dunque qualunque altra cauſa egualmente oneſta, e neceſſaria, dee per la ſteſſa ragione averſi per eccettuata.

(a) *In Conſt.* eorum fraudibus.
(b) *De alienat. diſc.* 40. *n.* 8.
(c) *d. diſc. num.* 9.
(d) *In Paratit.*

In fatti gl'interpetri delle due ſopraccitate Coſtituzioni di Giuſtiniano, e di Federigo, generalmente eccettuano tutte le alienazioni neceſſarie. Così 'l Duareno, ſponendo la Coſtituzion di Giuſtiniano (*a*): *Sunt aliquot caſus, in quibus non prohibetur alienatio rei litigioſae, ut puta ſi ex cauſſa legati, vel fideicommiſſi, dotis, ante nuptias donationis, tranſactionis, diviſionis rerum hereditariarum fiat, L. 3. & ult. Cod. eod. Idem dicendum eſt, ſi ex QUACUMQUE CAUSSA NECESSARIA res alienetur.* Così l'Afflitto nel comento ſulla Coſtituzion di Federigo (*b*): *Tertius decimus caſus eſt, ſi res litigioſa alienetur EX CAUSSA NECESSARIA, tunc non contrahitur vitium litigioſi.* Che poi debba averſi per alienazione neceſſaria quella, che ſi fa per eſtinguere i debiti ereditarj, non è da dubitare in alcun modo. Così ſcrive il Baſio ſul citato luogo di Afflitto (*c*): *Adde, cauſa neceſſaria dicitur, quando imminet aes alienum.* Così, per comun ſentimento de' Dottori, inſegna il Card. de Luca, che, dandoſi *in ſolutum* la roba litigioſa al creditore, che ſia vero, ed anteriore, o poziore, ceſſa del tutto la proibizion della Legge (*d*): *Alienatio rei litigioſae in jure expreſſe prohibita eſt: quumque ipſa Lex, quae hanc alienationem damnat, aliquos excipiat caſus: Doctores ex rationis identitate ad alios ſimiles extendunt, puta ad illum dationis in ſolutum, quae facta ſit vero creditori anteriori, vel potiori.* Anzi non richiede il Card. de Luca, che la cauſa, onde l'alienazione ſi fa, ſia aſſolutamente neceſſaria. Si contenta della ſola oneſtà della cauſa, per cui ſi eſcluda il ſoſpetto, che vogliaſi per l' alienazione della

(a) *In tit. ff. de litigioſis rom. 1. p. num. 835. col. 2.*
(b) *Num. 17.*
(c) *In Addit. lit. E.*
(d) *De judic. diſc. 40. num. 20.*

della roba litigiosa far frode all' avversario: sulla qual ragione si fonda il divieto della Legge (a). *Doctores ex rationis identitate ad similes casus extendunt, & generaliter ad quemcumque actum, cui non congruat ratio fraudis, ac supplantationis, cui Legis prohibitio innixa est.* E di vero nella Costituzion di Giustiniano si eccettua il caso del legato della cosa litigiosa: la qual causa non è necessaria di certo. E perchè si eccettua? *Quia hujus alienationis occasio est*, dice elegantemente il Cujacio (b), *mors litigatoris, non cupiditas vexandi adversarii.* Or come può dirsi nulla la vendita della *Cotura?* Col prezzo di quel fondo si estinsero debiti ereditarj, per la più gran parte de' quali si pagavano gravissime usure.

TERZA NULLITA'.

IN terzo luogo l' Avversario dicea. D. Auria Parise, casochè D. Benedetta senza discendenti morisse, come di fatto morì senza discendenti, invitò alla successione i figli del primo letto. Era dunque la *Cotura* soggetta a fedecommesso: onde, giusta il jus comune, non potea vendersi senza decreto di Giudice, e, giusta il jus municipale, richiedeansi le solennità della *Prammatica un. de vinc.*

RISPOSTA.

DEl suddetto fedecommesso non può per Legge (c) 6
D. Catterina valersi, dopo che ha osato d' impugnare il testamento di D. Auria. E poi quel fedecommesso

fu

(a) *d. num.* 20.
(b) *In tit. Cod. de litigios.*
(c) *L.* 22. *ff. de vulg.*

7 fu condizionato. Per Legge (*a*), se si vende la roba sottoposta a fedecommesso puro, la vendita non vale; ma se 'l fedecommesso è condizionato, la vendita fatta, pen-
8 dente la condizione, val senza dubbio. Ma sia puro quel fedecommesso, e siavi nel testamento l' espressa proibizion d' alienare. Anche in cotesto caso, per estinguere i debiti del fedecommettente, la roba a fedecommesso soggetta, può vendersi, perchè deve il fedecommesso abbracciare la sola roba propria del testatore: e la roba propria è quella, che rimane dedotti i debiti. Che poi non si richiegga decreto di Giudice, è chiaro per più luoghi de' Romani Giurisconsulti, e nominatamente per uno di Scevola (*b*), ove al chiamato si dà la facoltà d' alienare per estinguere i debiti del fedecommettente. Nè di ciò dubitano punto i Dottori, spezialmente i forensi. Fusario, proposta la massima (*c*), *posse fideicommissa bona alienari pro solvendis debitis testatoris*, soggiunge (*d*), *Ampliatur, ut nec sententiâ, vel judicis decretum sit necessarium*. Per rispetto poi della *Prammatica un. de vincul.*, primamente si noti, che parla la *Prammatica* del caso, che si tratti di *rivocare le disposizioni fatte da testatori*, come quivi si dice: il che tanto è lunge, che si avveri, quando per estinguere i debiti del
9 fedecommettente si aliena la roba, che anzi è cosa indubitata appresso tutti i Dottori (*e*), *nec testatorem posse prohibere alienationem bonorum pro aere alieno solvendo*: secondamente non essendo da presumere, che avesse la *Prammatica* voluto abrogare il jus comune, ma che avesse

(a) *L. ult.* §. 3. *Cod. comm. de leg.*
(b) *In L. pater filium* 38. *ff. de leg.* 3.
(c) *De fubstit. q.* 541. *num.* 1.
(d) *Num.* 3.
(e) *Fusar. d. quaest. num.* 9.

ſe ſolamente voluto aggiungere alla ſolennità del decreto, richieſta dal jus comune, altre nuove ſolennità; neceſſariamente ne ſegue, che debba quella aver luogo in que' caſi ſoli, ne' quali richiedeſi per jus comune il decreto del Giudice: trà' quali caſi, ſecondochè ſi è moſtrato; non è certamente il noſtro.

Di Caſa il dì 1. del meſe di Settembre dell' anno 1758.

DELL'

Pe' Cenſuarj del Principe della Pietra.

ARGOMENTO.

I. Se la *L.* 2. *Cod. de reſcindenda venditione*, poſſa eſtenderſi dalla vendita all'enfiteuſi.

II. La devoluzione accidentale, per cagion di alienazione naſcente da colpa poſitiva, ed ineſcuſabile, la quale importi dolo, o malizia, perchè poſſa aver luogo, coſa, mai aſſi a provare dal padron diretto: e di qual genere eſſer ne debba la pruova.

SOMMARIO.

1 SE *la* L. 2. Cod. de reſcind. vendit. *ſi eſtenda alla locazione, ed all' enfiteuſi:* Ved. i num. ſeg.

2 *A reſcindere il contratto come leſivo, aſſi ad attendere il tempo in cui fu fatto; anche dove il contratto abbia tratto ſucceſſivo:* Ved. i num. ſeg.

4 *Il patto, che è iniquo nel tempo in cui ſi fa, non è da attendere:* Ved. i num. ſeg.

6 *Del divario, che paſſa tra 'l legato annuo, e l' annua ſtipulazione: molti ſono gli effetti legali dell' uno, e dell' altra.*

7 *L'enfiteuſi è ſimiglianteſſima alla locazione, ſpezialmente dove il canone ſia corriſpondente alla quantità de' frutti.*

8 *Il locatore non può pretendere augumento della penſione, ſe 'l conduttore ſia in lucro.*

9 *Alcuni contratti aventi tratto ſucceſſivo, poſſono eſſer leſi-*

leſivi in ciaſcun anno, come ſe in ogni anno ſi rinnovaſſero; e quali ſieno: Ved. i num. ſeg.

12 *Se per la mancanza de' frutti poſſa l' enfiteuta pretendere, che 'l canone ſi ſcemi. E, per l' oppoſto, ſe per l' augumento, poſſa il padron diretto pretender, che ſi accreſca:* Ved. il num. 13. e 14.

15 *Il maggiore di età, avendo ſcienza dell' atto fatto nella minor età, ſe colle parole, o co' fatti il medeſimo atto ratifica, non può più impugnarlo:* Ved. i num. ſeg.

16 *La libertà è coſa ineſtimabile.*

18 *Della devoluzione accidentale, per cagion di alienazione naſcente da colpa poſitiva, ed ineſcuſabile, la quale importi dolo, o malizia.*

19 *Perchè abbia effetto la devoluzion colpoſa, uop' è provarſi, che l' enfiteuta, alienando, abbia certa ſcienza del divieto dell' alienazione ſenz' il conſenſo del padron diretto.*

20 *La pruova di coteſta ſcienza deve eſſer certa, e ſpecifica, non baſtando la preſunta.*

21 *De' caſi in cui s' impediſce l' effetto della devoluzione:* Ved. il num. ſeg.

ALLEGAZIONE III.

TRE giudizj ha cumulati ad un tempo il Principe della Pietra contr' a 39. ſuoi Cenſuarj, pe' quali ora ſcrivo. Il primo è di *leſione:* il ſecondo di *nullità:* il terzo di *devoluzione*. I fatti, onde la preſente cauſa naſce, ſon queſti. D. Marcello Lottiero, zio paterno del Principe, nel dì 28. del meſe di Marzo dell' anno 1733, a nome della vedova D. Franceſca Maſtrilli, Principeſſa della Pietra, ſua madre, diè in enfiteuſi a 19. perſone del Caſale di Boſco, e Boſco Reale, una maſſeria di moggi 177. e none 4., che chiamerò *maſſeria grande*, per

l'annuo canone perpetuo di duc. 381. 44. 11. indi nel dì 6. del meſe di Aprile dell'anno 1737. diè, nel ſuddetto nome, in enfiteuſi a 20. altre perſone del medeſimo Caſale per l'annuo canone perpetuo di duc. 450. 45. moggi 142., una quarta, 7. none, ed una quinta d'un'altra maſſeria, che chiamerò *maſſeria picciola*, riſerbandoſene ſoli 10. moggi: i quali due contratti furon poi ratificati dalla Principeſſa Maſtrilli. Finalmente nel dì 12. del meſe di Giugno dell'anno 1743. la Principeſſa della Pietra D. Chiara Capece, madre, e curatrice del ſuddetto Principe, diè in enfiteuſi a Geronimo Brancaccio, uno de' primi 19. Cenſuarj, per l'annuo canone perpetuo di duc. 41. que' 10. moggi, che 'l ſoprannominato D. Marcello ſi avea riſerbati. Or i due contratti degli anni 1733. e 1737. pretende l'odierno Principe della Pietra, che ſieno leſivi: che 'l ſuddetto contratto dell'anno 1737. ſia parimente nullo, e nullo ancora il contratto dell'anno 1743.: e che la più gran parte di quelle due maſſerie ſia già per Legge a lui devoluta. Ma quanto e' s' inganni, ſi dimoſtrerà ne' tre ſeguenti Capi.

CAPO I.

Del giudizio della leſione.

1 SO, ch'eſtendon ben molti la notiſſima *Legge II. C. de reſc. vend.* dalla vendita all'enfiteuſi, come ſimiglianteſſima alla locazione, in cui e' non dubitano, che la citata Legge abbia luogo. Ma poichè riuſcì felicemente al dottiſſimo Antonio Fabro di dimoſtrare (*a*), eſſerſi fatta quella Legge dagl' Imperadori Diocleziano, e Maſ-

(a) *De error. pragm. dec.* 8. *err.* 8.

e Massimiano contra le regole del jus antico per ragioni così proprie del contratto della vendita, che mal possono convenire alla locazione; potrei lo stesso direttamente pretendere dell' enfiteusi. Pur si segua l' opinione ricevuta nel foro, ed estendasi ancora all' enfiteusi la detta *Legge II.* Che dovrebbe provare il Principe della Pietra? Che D. Marcello diè quelle due masserie in enfiteusi per un canone sì basso, che non fu da' Censuarj *nec dimidia pars veri pretii soluta*, come quivi si dice. E qual pruova ne ha fatta? Niuna. Sono negli atti le *perizie* del tavolario Attanasio, del Primario, e de' due tavolarj Porzio, e Vetromile, per le quali si esclude del tutto la lesione. La masseria grande fu data in enfiteusi giusta l' apprezzo dell' ingegniere Balbi, eletto dalle parti, per annui duc. 381. 44. Or ecco quanto l' estimarono que' periti per rispetto del tempo del contratto, il qual tempo è per Legge da attendere ne' giudizj di lesione (*a*). Il tavolario Attanasio le diè di rendita annui 597. 16., se non che per errore ne accrebbe la misura di moggi cinque, di sei quarte, e di una nona: il Primario annui 388. 13: i due tavolarj Porzio, e Vetromile annui 565. 31. Ne accrebbe, più che altri, la rendita il tavolario Attanasio, la cui *perizia*, per rispetto così della misura, come dell' apprezzo, fu reputata ingiusta dal Primario, e dagli ultimi due tavolarj; ma non osò di accrescerla in modo, che 'l contratto apparisse lesivo. Perchè tal fosse, era uopo, che ascendesse l' annua rendita a più di duc. 762. 88. La masseria picciola fu data in enfiteusi giusta l' apprezzo del Balbi per annui duc. 450. 45. L'Attanasio, nel tempo del contratto, le diè di rendita annui duc. 591. 75., il Primario annui 436., meno che non fu dal Balbi estimata: i due tavola-

(a) *L.* 8. C. *de rescind. vend.*

rj Porzio, e Vetromile annui duc. 592. 38. Perchè foſſe leſivo coteſto ſecondo contratto, aſcender dovea l'annua rendita a più di duc. 900.

Ingenuamente confeſſa il dottiſſimo Difenſore del Principe della Pietra, che que' due contratti, nel tempo, in cui ſi fecero, non furon leſivi; ma ſoggiunge, che leſivi divennero col proceder del tempo.

2 Ed in qual luogo de' Libri del jus Romano ſi legge, che a reſcindere un contratto, come leſivo, attender ſi poſſa altro tempo da quello, nel quale il contratto ſi fece? Io non ve l'ho letto ancora, anzi il contrario vi ho letto. Gl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano, autori della ſopraccitata *Legge II.* in un' altra lor Legge (*a*), ſcriſſero, poterſi reſcinder la vendita come leſiva, ſe dato ſi foſſe *minus dimidia juſti pretii, quod fuerat TEMPORE VENDITIONIS*. E quando mancaſſe, come non manca, il teſto eſpreſſo, così richiederebbero i principj legali. E' regola certa di Legge, che, come ha taluno acquiſtato il dominio d' una coſa, tutti i futuri eventi tornar debbono in ſuo danno, e in ſuo pro (*b*). Poichè dunque l'enfiteuta acquiſta il dominio utile del fondo, ſuo eſſer deve il pro, ſe la rendita creſce, come ſuo è 'l danno, ſe ſcema.

Ma l' accorto Contraddittore pretende eſſer da diſtinguere contratti da contratti. Ci ſon contratti, e' dice, che ſi perfezionano in un punto: ci ſon contratti, che han tratto ſucceſſivo. I contratti del primo genere ſon quelli, che compiono in un punto l'affare in modo, che non laſciano al contraente coſa da fare nel tempo avvenire per riſpetto dell' altro contraente. Tale, a cagion d'eſem-

(a) *In d. L.* 8.

(b) *L. de eo* 12. §. *ſi quis* 3. *ff. ad exhib.*, *& L.* 9. *C. de pign. act.*

d'esempio, è la vendita. Questa si perfeziona in un punto per lo consenso de' contraenti sulla merce, e sul prezzo. Consegnata dal venditore la merce, e dato dal compratore il prezzo, tutto l' affare, è bello, e finito; nè resta al compratore altro peso da portare negli anni seguenti per rispetto del venditore. I contratti del secondo genere son quelli, che non compiono l'affare in un punto, ma lasciano al contraente cosa da fare ogni anno per rispetto dell' altro contraente, ed in un certo modo si rinnovellano in ciascun anno. Tal è l' enfiteusi. Questa realmente si contrae una volta, ma lascia all' enfiteuta il peso di pagare in ciascun anno il canone, per rispetto del quale, par, che rinnovisi ogni anno. Posta cotesta distinzione, il Contraddittore soggiunge, che 'l tempo del contratto, e non altro tempo si attende nella vendita, e negli altri simiglianti contratti, che si perfezionano in un punto; ma, per contrario, nella enfiteusi, e negli altri contratti, che han tratto successivo, anche il tempo avvenire si attende; sicchè quel contratto, che nel tempo, in cui si fece, era giusto, ben può negli anni seguenti diventare iniquo, e rescindersi, e ridursi a giustizia.

E' cotesta dottrina (francamente il dico, e 'l venerato Avversario se 'l porti in pace) un manifesto error di Legge. Primieramente, cotesta dottrina è contraria alle regole della buona interpetrazione. Il giudizio della lesione, dagl' Imp. Diocleziano, e Massimiano introdotto, non ci ha dubbio, che s' introdusse contra le regole del jus antico, secondo cui si poteano i contraenti *circonvenire* a vicenda (*a*); e s' introdusse per mera *umanità*, e per un *favor* particolare del venditore: *Humanum est*, dicono gl' Imperadori, parlando nominatamente del 3

ven-

(a) *L. 16. §. 4. ff. de minor. L. 22. §. 3. ff. locat.*

venditore (*a*). Posto ciò la *Legge 11.*, come *correttoria* del jus antico, non si potrebbe estendere dalla vendita all'enfiteusi (*b*). Ma si estenda: se non che quella regola si serbi, onde le Leggi si estendono da caso a caso. La regola è, che si estenda al caso, di cui non parla, con tutte le qualità del caso, di cui parla: altrimenti la Legge sarebbe più favorevole nel caso, di cui non parla, che nel caso, di cui parla: il quale è grandissimo assurdo. Or la Legge, che in grazia del venditore introdusse il giudizio della lesione, espressamente volle, che si attendesse il tempo del contratto, nol tempo avvenire: dunque colla medesima qualità si deve estendere all'enfiteusi; altrimenti favorirebbe più chi dà in enfiteusi, per cui non fu fatta, che chi vende, per cui nominatamente fu fatta. Secondamente, è contraria a' principj del giusto. Tuttochè 'l contratto riguardi il tempo futuro, se nel tempo del contratto, per rispetto dell'uno, e dell'altro contraente, pari è 'l dubbio del pro, o del danno futuro, basta quel dubbio, perchè sia sempre giusto, e sempre fermo il contratto, qualunque cosa accada nel tempo avvenire. Ricavasi cotesta massima da un bel rescritto degl'Imperadori Valeriano, e Galieno nella *L. de fideicommisso* 11. *C. de transact.*, secondo cui così scrisse il de Luca (*c*): *Intrat ratio textus in L. de fideicommisso C. de transact., quod scilicet actus tractu temporis ita potest esse utilis, ac damnosus, unde si casus importat damnum, illud spectandum non est, quia poterat utilitatem importare.* E cotesto istesso dubbio del tempo del contratto fa, che sebbene all'uno de' contraenti riesca dappoi dannoso il contratto, pur l'altro, che ne ha ritrat-

10

(a) *V. d. L. 2., & Fabr. d. dec. 8. cr. 8.*
(b) *V. Wisenbach. in lib. 23. ff. disp. 45. n. 10.*
(c) *De regal. disc. 73. n. 4.*

to lucro, con ſicura coſcienza ſel goda. Così reſcriſſe Papa Aleſſandro III. all'Arciveſcovo di Genua (*a*): *Venditores peccatum incurrunt, niſi dubium ſit, merces illas plus, minusve tempore, quo pretium debent recipere, valituras.* Se non che P. Gregorio IX., ad eſcludere il peccato, anche un'altra condizione richiede (*b*), di cui non è meſtier, che ſi parli nella cauſa preſente.

Ma 'l dotto Avverſario cita nella ſua Scrittura in pro del cliente teſti, e Dottori.

Dottori, e teſti citerò pur io in pro de' miei clienti: Ma perchè meglio conoſcaſi, quanto ſieno falſi i principj, ne' quali l'opinion contraria ſi appoggia, eſaminerò prima i teſti, onde quella ſi trae. I Dottori nella contraria Scrittura citati, e nominatamente il Larrea, abuſano (o quanto!) di due mal inteſi luoghi del jus civile. Traſcrive l'Avverſario le ſeguenti parole del Larrea, ove il primo teſto ſi cita (*c*): *Quando res tractu temporis fieret iniqua, poteſt judex contractum ad aequitatem reducere, ut arg. L. quum quidam 17. ff. de uſur. notarunt COMMUNITER Doctores, & probavit Theſaurus dec. 126. per tot.*

Di queſto primo teſto mena il Contraddittore gran pompa. Ma notiſi quel *communiter*, perchè ſi vegga, che quanto più comune, tanto più grave, ed intollerabile è l'abuſo, che di quel teſto ſi fa. Eſſendoſi contratto un mutuo (eccone il caſo) ſi ſtipularon le uſure del 5. per 100.: ed eſpreſſamente convenneſi, che non pagando il debitore in un anno le uſure ſtipulate del 5., pagar le doveſſe al 6. per 100. fin dal dì del contratto. Per alcuni anni pagò 'l debitore le uſure ſti-

pu-

(a) *In cap. in Civitate 6. de uſur.*

(b) *In cap. ubi eod.*

(c) *Allegat. num. 21.*

pulate: in un anno poi non le pagò. Pretendeva il creditore, a tenor del patto, il *6.* per 100. dal dì del mutuo. Ricorse il debitore all'Imperador Marco, il quale, per testimonianza di Paolo, così rescrisse (*a*): *Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cujus iniquitate questus es, ad modum justae exactionis rediget.* Ecco, dice il Contraddittore, la facoltà data a' contraenti di ricorrere al Magistrato, perchè riduca a giustizia i contratti, che col proceder del tempo son divenuti iniqui.

5 Io non contendo nè a' contraenti, nè a' Magistrati cotesto diritto; ma è da usarne ne' casi permessi, de' quali scriverò più giù. Or che ha che fare il caso, che Paolo tratta, col nostro? Nel nostro caso, il contratto era giusto nel tempo, in cui si fece: solamente pretendesi, che col proceder del tempo fosse divenuto iniquo. Nel caso di Paolo, il patto, onde crescer doveano le usure, da principio era iniquo. Sarebbe stato, secondo il jus civile, da tollerarsi, che non avendo il debitore pagato un anno le usure stipulate del 5., pagasse negli anni seguenti, in pena della mora, le usure del *6.* per 100.; ma era cosa iniquissima, che 'l povero debitore, il quale, come Paolo dice, avea per più anni puntualmente pagate le usure stipulate del 5., perchè poi non aveale pagate un anno, pagar le dovesse al *6.* per 100. non solamente per gli anni seguenti, ma ancora per tutti gli anni antecedenti *ex die* (son parole di Paolo) *qua mutuatus esset.* Era cotesto un aggiungere usure ad usure, e quasi lo stesso, ch'esigere usure d' usure: cosa in ogni tempo, e secondo tutte le Leggi, vietata. Così 'l Gotofredo (*b*): *Est iniquum, ut qui pro praeterito tempore obtemperavit, pro eodem tempore poenam patiatur, & incurrat. Hoc iniquum*

(a) *In d. L. quum quidam 17. ff. de usur.*
(b) *In d. L. quum quidam 17. num. 25.*

quum fuit, ut ex die contractus usuris usurae adcrescerent. Si usurae crescerent in praeteritum ex die contractus, usurae usuris adcrescerent. Usurae usurarum hoc modo exigerentur: quod semper fuit prohibitum.

Se 'l primo testo all' Avversario non giova, il secondo, che si allega da' Dottori, ch' e' cita, apertamente gli nuoce. Appresso il citato Larrea è scritto così (a): *Juvat etiam alia ratio, quia quando fit locatio plurium annorum* (lo stesso è da dire dell' enfiteusi) *non una locatio, & si unico contractu perficiatur, sed plures locationes judicantur, arg. L. Senatus* 35. *§. fin. ff. de mort. causs. donat.*

Debbo io saper grazia a' Dottori, che la opinione 6
del mio Contraddittore difendono, dell' aver citato cotesto bel luogo di Paolo, il quale di manifesto error gli convince, e gran luce aggiunge alla ragione de' miei clienti. Quivi, parlandosi del legato annuo, si dice, esser non uno, ma molti: *multa esse legata*; cioè tanti, quanti sono gli anni. E perchè? Perchè 'l legato annuo non si compie del tutto, com' e' dicono, in un sol punto, ma ha tratto successivo. Quinci poi traggono, che anche la locazione di più anni, e molto più l'enfiteusi, non è una, ma tante, quanti sono gli anni; e che seguentemente nel giudizio della lesione, che contra 'l conduttore, e l' enfiteuta s' istituisce, oltre il primo tempo, si attende ancora lo stato di ciascun anno, richiedendo così la propria e particolar natura di que' contratti. Or chi crederebbe, che di tanti Dottori, che allegan quel testo, niuno si diè la briga di leggerlo intero? L'intero luogo del giurisconsulto Paolo, è questo: *Qui mortis caussa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est; nam licet multa*

(a) *In d. Alleg.* 32. *num.* 26.

essent legata, stipulatio tamen una est. Potea più chiaramente distinguersi dal legato *in annos singulos*, la stipulazione *in singulos annos?* Annua è questa: annuo è quello: amendue han tratto successivo; e pure, comechè l'annuo legato più, e diversi legati contenga, nondimeno la stipulazione annua è una: e non è solamente *una*, come Paolo dice, ma *una*, e *perpetua*, come dice Pomponio (*a*). Molti sono gli effetti legali della *unità*, e *perpetuità* della stipulazione annua, e della *pluralità* de' legati, che 'l legato annuo contiene. Qualche cosa ne ho scritto ne' miei comenti sulle Istituzioni di Giustiniano (*b*): nè la presente causa richiede, che quì nuovamente ne scriva. Ma non è da tacere, che uno de' principali effetti di quella *unità*, è l'esser da attendere nelle stipulazioni il tempo del contratto (*c*): ed è ciò comune a tutti gli altri atti tra vivi (*d*).

Ora citerò io un testo, che decide in pro de' Censuarj la causa. Quando si voglia, e si possa estendere la sopraccitata *Legge II.* dalla vendita ad altri contratti, si estenderà più agevolmente alla locazione, che all'enfi-
7 teusi. Di fatto non per altra ragione l'estendono i Dottori all'enfiteusi, se non perchè l'enfiteusi è simigliantissima alla locazione: anzi van più oltre, e dicono, che allora può l'enfiteusi soggiacere a lesione, quando la quantità del canone è corrispondente alla quantità de' frutti, non quando unicamente si presta in ricognizione del dominio diretto, appunto perchè nel primo caso molto più simiglia la locazione, in cui non si dubita, che

a' frut-

(a) *In L. si Stichum* 16. §. 1. *ff. de verb. obl.*
(b) *In tit. de verb. obl.* §. 3.
(c) *L.* 78. *eod.*
(d) *L. si merces* 25. §. 6. *ff. locat.*

a' frutti del fondo la pension corrisponda (*a*). Or ecco un 8
testo del giurisconsulto Cajo, che, della locazione parlando, toglie al locatore qualunque azione, casochè 'l colono abbia negli anni seguenti raccolti in sì gran copia i frutti, che ne sia eccessivo il lucro: *Modicum damnum*, e' dice (*b*), *aequo animo ferre debet colonus, cui IMMODICUM lucrum non auferetur.*

Scoverto così per chiari ed espressi luoghi di Legge l' error degl' interpetri, che per la contraria sentenza si citano, che può valere la loro autorità? Ma non è egli vero quel *notarunt COMMUNITER* del Larrea. Sono essi ben pochi. La più gran parte, trattando de' contratti lesivi, non pongono differenza tra quelli, chè si perfezionano in un punto, e quelli, che han tratto successivo. Negli uni, e negli altri attendono il solo tempo del contratto: e questa è l' opinione più ricevuta nel foro. Ne renda testimonianza quel medesimo Cardinal de Luca, che l' Avversario cita in suo pro. E' trascrive il seguente luogo del Cardinal de Luca trattante della locazione, e della enfiteusi (*c*): *Quando res concessa notabiliter tractu temporis augetur, canon seu pensio augeri quoque debet.* Ma doveva egli por mente, che quel giudiziosissimo Autore scrisse così, *motivando: Motivabam*, dice il de Luca. Dovea leggere innànzi, e lette vi avrebbe queste altre parole (*d*): *Magis communis est in contrarium, ut ex rei augmento non intret actio petendi augmentum canonis, vel pensionis.* Lo stesso insegna in più altri luoghi delle Opere sue, e spezialmente in uno, che pur dall' Avversario si cita in favor suo. Citasi dall' Av-

(a) *V. Capyc. latr. Decis.* 18. *num.* 6.
(b) *In d. L. si merces* 25. §. 6. *ff. locat.*
(c) *De alienat. disc.* 13. *num.* 15.
(d) *Eod. disc. num.* 16.

verſario il *Diſcorſo XIV. de alienat. num.* 11. & 12. Ma le tante lodevoliſſime cure, che l'ingombrano, fecero sì, ch'e' leggeſſe ſol quello, che nel *num.* 11. avea ſcritto il de Luca, pur *motivando;* cioè la differenza tra que' contratti, che ſi perfezionano in un momento, e quelli, che han tratto ſucceſſivo: e non leggeſſe poi le ſeguenti parole poſte nel *num.* 12.: *Verum iſtud motivum credebam etiam in ſenſu veritatis negligendum fore, ac nullatenus obſtare debere.* O ſe aveſſe avuto agio di leggere quel che ſoggiunſe immediatamente il de Luca nel *num.* 13. ſarebbeſi accorto, che ben altri, ch'e' cita, trattano un caſo diverſo dal noſtro: e ſe aveſſero trattato il noſtro,
9 gli ſarebbero ſtati apertamente contrarj. Soggiunſe il de Luca, che non tutti i contratti, che han tratto ſucceſſivo, ſono del medeſimo genere. Alcuni contengono in ciaſcun anno un *gravame poſitivo*, conſiſtente nel vero danno, cioè nella diminuzione del patrimonio, e nella perdita di quel che taluno ha del ſuo: alcuni contengono un *gravame negativo* conſiſtente nella ſola mancanza del lucro. I primi poſſono eſſer leſivi in ciaſcun anno, come ſe in ogni anno ſi rinnovaſſero. I ſecondi non meno, che i contratti, i quali ſi perfezionano in un momento, non poſſono eſſer leſivi, che nel primo tempo, in cui ſi fanno: e di queſti ſecondi è l'enfiteuſi. Piacemi di produrre alcuni eſempj tratti da' Libri di que' medeſimi Dottori, che cita l'Avverſario pel ſuo cliente.

10 E' cita il *Conſiglio* 548. del Natta. Il caſo fu queſto. Eraſi un comune obbligato di vendere ogni anno alcune vettovaglie a certo e determinato prezzo. Convenevole era il prezzo nel tempo del contratto: ma col proceder del tempo crebbe cotanto, che 'l prezzo convenuto riuſciva dannoſiſſimo a quel comune. Il Natta, coteſto caſo trattando, ſcriſſe, che 'l contratto da principio giuſto, era, col progreſſo del tempo, divenuto iniquo,

quo, e dovea ridursi ad equità. Questa dottrina, nel caso del Natta, torna assai bene. Sofferiva quel comune un *gravame positivo*, consistente vel vero danno. Dovea comperare a gran prezzo le vettovaglie, e venderle poi a prezzo assai vile.

Cita ancora il Tesauro, che scrive (*a*), esser *singolare*, e *mirabile* la facoltà data a' Giudici di ridurre ad equità i contratti divenuti col tratto del tempo iniqui, *etiam contra paciscentium pactionem, & stipulationem*. Ma qual'è l' esempio, che reca il Tesauro? Reca l' esempio d' un fornajo, che si era obbligato di cuocere a certo, e determinato prezzo il pane per un comune, che poi *creverat in immensum*. Che ha che fare cotesto col caso nostro? Sofferiva il fornajo un danno *positivo*. Dovea spender del suo per comperar le legna, e per somma molto maggior di quella, che in virtù del contratto esigea. 11

Cita finalmente il Capecelatro, che la stessa massima propone nel *num.* 5. della *Decis.* 18., e (quel che importa d' assai) la propone, parlando dell' enfiteusi. Ed io nol nego; ma più cose son da osservare. In primo luogo, parlando il Capecelatro d' un enfiteuta, muove il dubbio, se, mancando i frutti del fondo in guisa, che la parte, che ne rimane, non basti a pagare il canone (*b*), se dico, possa l' enfiteuta in tal caso pretendere, che 'l canone proporzionalmente si scemi. In secondo luogo, nel numero citato dall' Avversario, non approva il Capecelatro la massima come applicabile al caso, ch' e' trattava; ma semplicemente la riferisce, come quella, per cui aveano alcuni opinato, che per la mancanza de' frutti si potesse scemare il canone: indi nel *num.* 1., e ne' seguenti propone, e conferma per autori- 12

tà

(a) *Decis.* 226. *num.* 1.

(b) *Num.* 2. 3. & 4.

tà di Dottori di più gran numero, e di maggior nome, e per molti esempj di cose giudicate la contraria opinione, detta dal Gizzio (a) *verior, & magis recepta*. Ma diasi, che avesse il Capecelatro seguita la prima opinione, e che sia questa la vera, pur diverso dal nostro
11 è 'l caso, che trattà il Capecelatro. Altro è parlare dell' enfiteuta, che si duole, che mancano i frutti: altro è parlare del padron diretto, che si duole, che i frutti crescono. Costui si duole del ben d'altrui: colui si duole del proprio male. Tratta l'uno di far lucro: l'altro tratta di evitare il danno: onde il caso del Capecelatro è molto diverso dal nostro. In fatti que' Dottori, che quando *intollerabile* è 'l danno, consentono, che 'l canone si scemi, non consentono poi, che si accresca, comechè sia grande il lucro: la qual differenza è chiaramente espressa nella sopraccitata *L. si merces* 25. §. 6. *ff. locat.* Oltre a ciò, dove il locatore, e 'l conduttore, o 'l padron diretto, e l'enfiteuta trattano amendue di far lucro, come accade nel nostro caso, aver dee luogo la dottrina di Paolo di Castro (b), soprammodo commendata dal Fabro (c), che deve nel dubbio esser migliore la condizione del reo, *Quando est ubertas*, son parole di Paolo di Castro, *uterque certat de lucro; igitur in dubio potior est condicio rei*. Ed ecco come mostrano insussistente la pretension del Principe della Pietra que' medesimi testi, e que' medesimi Dottori, che dal suo de-
13 gnissimo Difensore si citano. Chiuderò questo Capo trascrivendo un' altro luogo del Card. de Luca, ove, premessa la contraria dottrina della lesione ne' contratti, che

han

(a) *Obs. in d. Decis.* 18. *num.* 6.
(b) *In d. L. si merces* 25. §. 6.
(c) *In d. L.* 25. §. 6.

han tratto ſucceſſivo, ſcrive (a): *Procedit, ubi agatur de onere, quod ſingulis annis, vel temporibus, per actum poſitivum, per quem quis ſufferre onus, ac damnum pati teneatur juxta caſum, de quo agit Natta ubi ſupra, quod ſcilicet teneretur Communitas ſingulis annis vendere fruges, ac victualia pro certo, & determinato pretio, quod attento tempore conventionis erat congruum, de praeſenti autem ob notabilem alterationem pretiorum remanet vilisſimum: ad inſtar illius venditionis piſcium, & carnium ſilveſtrium, quam univerſitas Nurſinorum facere tenetur pro menſa Capituli, ſeu Conſervatorum Populi, quum id recenſeatur inter onera ob damnum poſitivum, quod pati oporteat in ſuppletione ejus, quod neceſſarium eſt ad emendum ea bona pro pretio currenti, ut inſinuatur ſub tit. de regal. diſc. 98: ſive juxta exemplum, quod noſtri magis communiter tradere ſolent illius conventionis, quae fiat per furnarium, de coquendo panem in ejus furno pro aliqua familia, vel univerſitate, quae tunc eſſet parva, deinde vero tractu temporis multum aucta eſt; aut demolendo triticum, ſive oleas in ejus molendinis cum ſimilibus, adeout agatur de onere, quod conſiſtat in actu facti poſitivi ſingulis annis, vel temporibus praeſtandi, vel patiendi cum damno, & diminutione proprii patrimonii.* Ma perchè prima di chiuder queſto I. Capo, non dico io quel, che più nuoce al Principe della Pietra? Sia vero, che gli permetta la Legge di far dichiarare leſivi i due contratti degli anni 1733. e 1737. attendendoſi lo ſtato degli anni ſeguenti. Qual pruova è negli atti, che per riſpetto degli anni ſeguenti ſon que' contratti leſivi? Produce egli per pruova la *perizia* del tavolario Attanaſio, ch'è quella, che più gli giova. Ed io gliela vo' menar buona. Alla maſſeria grande, a cui da' contraenti ſi diè la rendita nell'

anno

(a) *De decim. diſc. 3. num. 15.*

anno 1733. di annui 381. 44., l' Attanasio, dopo di averne per errore accresciuta la misura, diè di rendita per l'anno 1753., nel quale ne fece l'apprezzo, di annui 1105. 27. Ecco la lesione, dice il Principe della Pietra. Ma lasci, ch'io dica tutto. Alla masseria picciola, cui nel tempo del contratto si diè da' contraenti la rendita di annui 450. 45., diè l' Attanasio per lo suddetto anno 1753. la rendita di annui 858. 93. Per rispetto di cotesta seconda masseria non ci è lesione, anche a giudizio dell' Attanasio. Ma ci sia, come nella prima. Anche ciò posto, da quelle ideali rendite son da dedurre le spese, e le migliorazioni. Buon pe' miei clienti, che ne' primi strumenti si noverarono le piante, e le noverò pure l' Attanasio di consenso delle parti per rispetto così degli anni de' contratti, come dell' anno 1753. Nella masseria grande, la cui censuazione per rispetto de' frutti del suddetto anno 1753. pare a prima giunta lesiva, si contarono 11992. piante più di quelle, che v' erano nel tempo del contratto: e nella masseria picciola altre 6580. di più. Deduca ora il Principe della Pietra dalla rendita data dall' Attanasio a quelle due masserie il frutto di 18572. nuove piante, e parli poi, se gliel sostiene l'animo, di lesione. Chiuda ora
14 questo Capo il Card. de Luca, che, premessa l' opinione, ch' e' maestrevolmente impugna, della lesion risultante dall' accrescimento de' frutti nel tempo successivo, dice (a): *Magna & excedens laesio, quae iniquitatem redoleat, non justificatur ex circumstantia mixturae melioramentorum.*

CA-

(a) *De alienat. disc.* 14. *num.* 12.

CAPO II.

Del giudizio della nullità.

VEnendo ora al giudizio della nullità riguardante il ſuddetto contratto dell' anno 1737., e 'l contratto dell' anno 1743. premetto due fatti. L' uno è, che la Principeſſa Maſtrilli donò nell' anno 1736. al Principe ſuo nipote amendue le maſſerie: l' altro è, che 'l Principe era minore non ſolo nell' anno 1737., in cui D. Marcello ſuo zio diè in enfiteuſi la maſſeria picciola, ma ancora nell' anno 1743., nel qual anno la Principeſſa Capece ſua curatrice diè in enfiteuſi i 10. moggi, che nell' anno 1737. D. Marcello ſi riſerbò. Or ecco chiara, a giudizio del dotto Contraddittore, la nullità di coteſte due cenſuazioni. E' nulla la cenſuazione dell' anno 1737., come fatta da D. Marcello in tempo, che la maſſeria non era più nel dominio della Principeſſa Maſtrilli, a di cui nome D. Marcello la cenſuò, ma era già paſſata per titolo di donazione nel dominio del Principe ſuo nipote: e come fatta ſenza quelle ſolennità, che richieggon le Leggi nell' alienazione de' beni ſtabili de' minori: e per coteſto iſteſſo difetto di ſolennità parimente nulla è la cenſuazione dell' anno 1743.

La riſpoſta, che renderò, naſce da due altri fatti, che ora ſoggiungo. E' negli atti documento onde coſta, che nell' anno 1745. il Principe della Pietra era già da un anno, e meſi maggiore. Coſta ancora da un *Proceſſo*, il qual ſi eſibiſce, ch' e' nel dì 10. del meſe di Giugno di quell' anno, ricorſe alla G. Corte della Vicaria contra tutti i ſuoi cenſuarj, perchè gli pagaſſero i canoni: che preſentò preſſo gli atti non ſolo la dona-

zion fattagli dalla Principeſſa Maſtrilli l' anno 1736., ma ancora gl' iſtrumenti delle cenſuazioni degli anni 1733. e 1737: e come ſenza riſerva di ragioni chieſe i canoni, così ſenza riſerva gli eſigè. In una ſola iſtanza del dì 15. del meſe di Gennajo dell' anno 1746. quando avea già con atti geminati avute quelle cenſuazioni per buone, ſi riſerbò la prima volta le ragioni, che gli poteano ſpettare *per la nullità, ed invalidità* di
15 eſſe. Poſti coteſti fatti, oſta al Principe della Pietra un reſcritto degl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano (*a*): *Qui poſt viceſimum quintum* (giuſta le Leggi del noſtro Regno (*b*) *decimum octavum*) *annum aetatis ea, quae in minore aetate geſta ſunt, rata habuerint, fruſtra reſciſſionem eorum poſtulant*. Che poi ſi ratifichi l'atto colle parole, o co' fatti, nulla importa (*c*): nè tra' fatti, inducenti la ratiabizione, ci è fatto, che tanto chiaramente l'induca, quanto l'eſazione, quandochè ſia queſta effetto del contratto antecedente. Scrive Ulpiano, che 'l maggior di venti anni, ſe ſi laſcia vendere, e partecipa del prezzo, perde la libertà; ma 'l minor non la perde: che ſe poi, eſſendo minore, ſi laſcia vendere, e, fatto maggiore, partecipa del prezzo, parimente la perde (*d*); perchè l' eſiger, che fa nella età maggiore il danaro, com' effetto della vendita fatta nella età minore, è una chiariſſima ratiabizion del contratto: e ſi vuol riflettere,
16 che nel caſo di Ulpiano ſi tratta non di un vile intereſſe, ma della perdita della libertà, che, ſecondo le Leggi Romane, è *coſa ineſtimabile* (*e*). Di coteſto luogo

di

(a) *In L. 2. C. ſi major factus ratum habuerit.*
(b) *Conſt.* minorum jura.
(c) *L. 5. ff. rat. rem hab.*
(d) *L. liberis 7. pr. & §. 1. de liberali cauſa.*
(e) *L. 116. de reg. jur.*

di Ulpiano usò 'l Montano, trattando dell' alienazione 17
de' beni de' minori, ch' è 'l nostro caso: *Inducitur ratificatio*, son sue parole (a), *si pretium alienatae rei petierit effectus major sciens causſam petitionis*, *L. liberis* §. 1. *de liberal. caus.* Le parole, *sciens causſam petitionis*, sono importantissime, perchè se manca la scienza della causa, per cui si esige, non s' induce ratiabizione. Ma nel caso nostro la scienza della causa ci fu. Sapeva il Principe, che la masseria data in enfiteusi l'anno 1737. era sua fin dall' anno antecedente, perchè presentò la donazione, che gliene avea fatta in quell'anno la Principessa Mastrilli: e sapea pure, che data si era in enfiteusi da suo zio, che padrone non era, perchè presentò pure l' istrumento dell' enfiteusi.

CAPO III.

Del giudizio della devoluzione.

FInalmente pretendesi dal Principe della Pietra, essersi già devoluti i fondi dati in enfiteusi per le alienazioni, che, senza sua saputa, i censuarj ne han fatte.

Ma non men, che le altre due, mal fondata in 18
Legge è cotesta ultima pretensione. A mostrar ciò, si vuol quì notare, che non basta qualunque alienazione, perchè 'l fondo enfiteutico si devolva al padron diretto; ma richiedesi un' alienazione fatta per vera malizia, che non ammetta alcuna scusa: ed eccone la ragione. La *caducità* di cotesto genere è una mera pena: e due cose sono proprie della pena, l' una, che senza una positiva malizia non s' incorra: l' altra, che facilmente si eviti:

(a) *De tut. cap.* 33. *num.* 540.

onde molto rara è la pratica di coteſte devoluzioni: *Hujusmodi devolutionum rara eſt praxis*, dice il Card. de Luca (*a*), *ob facilem excuſationem ab ea poſitiva malitia, vel dolo, qui ad hunc poenalem deſideratur effectum.*

19 Or poichè non ci è poſitiva malizia, dove non ci ſia certa e poſitiva ſcienza del divieto dell' atto, nel giudizio della devoluzione, dee l'attore provare, che l' enfiteuta avea certa e poſitiva ſcienza dell' eſpreſſo divieto dell' alienazione ſenza il conſenſo del padron diretto: *Ad effectum poenae*, ſon parole dello ſteſſo de Luca (*b*), *opus eſſet ex parte agentis doceri in alienante de ſcientia hujuſmodi probibitionis*. Nè dal pagamento, che fa l' enfiteuta de' canoni, ſi può trarre contra lui argomento che vaglia. Il pagamento de' canoni prova bene la ſcienza, che ha l' enfiteuta del dominio diret-
20 to di colui, al quale gli paga, ma non prova la ſcienza di quel divieto, la quale eſſer dee *ſpecifica, e certa:* che la *preſunta* non baſta: *Neque ſcientia*, ſoggiunge il medeſimo Autore (*c*), *per actorem deducta ex ſolutione canonum attendenda erat, quia ex hujuſmodi actu, vel etiam ex aliis reſultantibus a petitionibus conſenſus, ſeu recognitionibus in dominum induci quidem potuit in poſſeſſore ſcientia directi dominii Eccleſiae, quodque domus eſſet emphyteutica, non inde tamen inferri poſſe, dicebam ad ſcientiam antiquae inveſtiturae, & dictae prohibitionis in ea contentae, cujus certa, ſpecifica, & individua ſcientia requiritur, quum in poenalibus, & ad effectum gravis praejudicii, ſcientia praeſumta non ſufficiat.* Poſto ciò, ſi oſſervi, che quaſi tutti i cenſuarj chiamati in giudizio ſono non i primi enfiteuti, ma gli eredi de' primi:

e ne-

(a) *In ſumm. de emphyt. num. 39.*
(b) *De emphyt. diſc. 45. num. 6.*
(c) *In cit. diſc. dict. num. 6.*

e negli eredi facilmente presumesi l' ignoranza.

Oltre a ciò si osservi, che i fondi si sono trasferiti in persone pari di condizione a' primi enfiteuti: onde in sustanza non si è recato pregiudizio al padron diretto, cui, salvo il laudemio, e 'l canone, nulla deve importare, che siano più tosto presso Tizio, che presso Cajo. Così 'l de Luca (a): *Potissime, ubi ex alienationis actu jus domini effectum non est deterius, quia, nempe bona translata non sint vel in potentiorem, vel in omnino impotentem, sed in personam aequalis conditionis, ita ut nil interfit, rem penes unum, vel alterum esse, dum dominium non controvertitur, neque debiti laudemii solutio denegatur.* Questa riflessione potrebbe sola bastare a difender tutti i miei clienti: ma ce n' è un' altra, che gli mette in sicuro. 21

A tutte le alienazioni, per cui si pretendono devoluti i fondi, è apposta la clausola *salvo assensu impetrando, ita quod si dissenserit &c.*, la qual clausola, come quella, ch' esclude nell' enfiteuta l' animo di contravvenire, e seguentemente il dolo, non dà luogo alla devoluzione. Chiuda questa Scrittura il più volte citato de Luca (b): *Alienatio continebat expressam reservationem beneplaciti domini directi sub clausula, ET NON ALIAS, per quam cessante voluntate alias non contrahendi, actus habetur pro infecto; ideoque caducitatem non causat, juxta opinionem, quam magis communem, veram, & receptam Rota saepe professa est.* 22

Di Casa nel dì 23 del mese di Settembre dell' anno 1763.

Per

(a) *De emphyt. disc.* 33. *num.* 5.
(b) *In cit. disc. num.* 4.

Per la Signora Principeſſa di Striano D. Paolina Gaetani de' Duchi di Sermoneta.

ARGOMENTO.

I. Qual pruova abbiaſi a fare per dimoſtrarſi, che 'l contratto in apparenza ſia un' enfiteuſi, ed in ſuſtanza una locazione.

II. Quando ſia contratto di enfiteuſi, ovvero più toſto di locazione: E degli argomenti, e de' ſegni, onde l'enfiteuſi diſtingueſi dalla locazione.

SOMMARIO.

1 *NE' fedecommeſſi col divieto d' alienare, può il poſſeſſor de' beni, durante ſua vita, liberamente diſporre de' frutti.*

2 *Della differenza, ch' è poſta tra l' intereſſe* primario, *e l' intereſſe* ſecondario, e di mera conſeguenza, *e de' loro diverſi effetti:* Ved. i num. ſeg.

3 *Il tutore, dove ci ſia ſuo intereſſe* primario, *non può preſtare l' autorità ſua al pupillo: dove poi abbiaci intereſſe* ſecondario, *ben può preſtarla.*

4 *La Legge ha per danno quel ſolo, che ci vien da colui, che fa quello, che non ha diritto di fare.*

5 *Il danno, che vienci da colui, che uſa di ſua ragione, è danno* ſecondario, *il quale non ſi attende.*

6 *Le voci* locazione, *e* locare, *convengono così all' enfiteuſi, che alla vera, e propria locazione:* Ved. i num. 10. e 11.

7 *La ſimulazione, quando di enfiteuſi ſi tratta, non può pro-*

provarsi altrimenti, che per qualche scrittura: Ved. il num. seg.

8 *Il contratto enfiteutico non può farsi altrimenti, che in iscritto.*

9 *L' enfiteusi, di sua natura, concedesi a perpetuo; ma ammettesi eziandio a tempo*: Ved. i num. seg.

12 *L' enfiteusi consiste nel dominio utile, o sia jus in re, per cui cessan gli effetti del dominio diretto.*

13 *Può darsi in enfiteusi un fondo fruttifero per canone corrispondente a' frutti.*

14 *Tutti i danni, e casi fortuiti ceder debbono a carico dell' enfiteuta, dal quale deesi sempre per intero il canone, tranne il solo caso, dove il fondo enfiteutico sia perito del tutto*: Ved. il num. 16. e 21. *Nel* num. 22. *allegasi una decisione contraria a questa massima.*

15 *L' enfiteusi si regola giusta i patti, onde fu fatta la concessione.*

17 *Dall' essersi rinunziato al difalco, o sia remission dell' annua risposta per cagion di sterilità, o di altro accidente, traesi argomento, che 'l contratto più tosto sia di enfiteusi, che di locazione*: Ved. il num. 19.

18 *Talvolta le cose, che si anno com' espresse per Legge, esprimonsi per una maggior chiarezza dall' uomo, senza alterarsi la disposizion della Legge.*

20 *Se all' enfiteuta, che per peste, o per guerra non possa entrar nel fondo, ed usarne, gli si debba rimettere il canone.*

23 *Delle clausole poste nella parte esecutiva degl' istrumenti, non è da tener conto veruno.*

ALLEGAZIONE IV.

LA Signora Principessa di Striano D. Paolina Gaetani de' Duchi di Sermoneta, è ricorsa nel S. Consiglio,

Per la Signora Principeſſa di Striano D. Paolina Gaetani de' Duchi di Sermoneta.

ARGOMENTO.

I. Qual pruova abbiaſi a fare per dimoſtrarſi, che 'l contratto in apparenza ſia un' enfiteuſi, ed in ſuſtanza una locazione.

II. Quando ſia contratto di enfiteuſi, ovvero più toſto di locazione: E degli argomenti, e de' ſegni, onde l' enfiteuſi diſtingueſi dalla locazione.

SOMMARIO.

1 *NE' fedecommeſſi col divieto d' alienare, può il poſſeſſor de' beni, durante ſua vita, liberamente diſporre de' frutti.*

2 *Della differenza, ch' è poſta tra l' intereſſe* primario, *e l' intereſſe* ſecondario, e di mera conſeguenza, *e de' loro diverſi effetti:* Ved. i num. ſeg.

3 *Il tutore, dove ci ſia ſuo intereſſe* primario, *non può preſtare l' autorità ſua al pupillo: dove poi abbiaci intereſſe* ſecondario, *ben può preſtarla.*

4 *La Legge ha per danno quel ſolo, che ci vien da colui, che fa quello, che non ha diritto di fare.*

5 *Il danno, che vienci da colui, che uſa di ſua ragione, è danno* ſecondario, *il quale non ſi attende.*

6 *Le voci* locazione, *e* locare, *convengono così all' enfiteuſi, che alla vera, e propria locazione:* Ved. i num. 10. e 11.

7 *La ſimulazione, quando di enfiteuſi ſi tratta, non può pro-*

provarsi altrimenti, che per qualche scrittura: Ved. il num. seg.

8 *Il contratto enfiteutico non può farsi altrimenti, che in iscritto.*

9 *L' enfiteusi, di sua natura, concedesi a perpetuo; ma ammettesi eziandio a tempo*: Ved. i num. seg.

12 *L' enfiteusi consiste nel dominio utile, o sia jus in re, per cui cessan gli effetti del dominio diretto.*

13 *Può darsi in enfiteusi un fondo fruttifero per canone corrispondente a' frutti.*

14 *Tutti i danni, e casi fortuiti ceder debbono a carico dell' enfiteuta, dal quale decesi sempre per intero il canone, tranne il solo caso, dove il fondo enfiteutico sia perito del tutto*: Ved. il num. 16. e 21. *Nel* num. 22. *allegasi una decisione contraria a questa massima.*

15 *L' enfiteusi si regola giusta i patti, onde fu fatta la concessione.*

17 *Dall' essersi rinunziato al difalco, o sia remissione dell' annua risposta per cagion di sterilità, o di altro accidente, traesi argomento, che 'l contratto più tosto sia di enfiteusi, che di locazione*: Ved. il num. 19.

18 *Talvolta le cose, che si anno com' espresse per Legge, esprimonsi per una maggior chiarezza dall' uomo, senza alterarsi la disposizion della Legge.*

20 *Se all' enfiteuta, che per peste, o per guerra non possa entrar nel fondo, ed usarne, gli si debba rimettere il canone.*

23 *Delle clausole poste nella parte esecutiva degl' istrumenti, non è da tener conto veruno.*

ALLEGAZIONE IV.

LA Signora Principessa di Striano D. Paolina Gaetani de' Duchi di Sermoneta, è ricorsa nel S. Consiglio,

glio, e preſſo gli atti della eredità dell'ultimo Duca di Girifalco D. Gennaro Caracciolo, chiedendo per una maggior cautela, che 'l S. Conſiglio confermi coll' autorità ſua una convenzione del dì 5. del diſcorrente meſe di Febbrajo, in virtù di cui dal Sign. Marcheſe di Arena D. Triſtano Caracciolo le ſi è data in enfiteuſi, durante ſua vita, per l'annuo canone di duc. 640. l'intera Caſa palaziata poſta in vicinanza del Sedil Capuano, la quale alla ſuddetta eredità ſi appartiene.

Avuta di ciò notizia il Signor Preſidente della R. Camera D. Pietro Lignola, che tiene a fitto un appartamento della detta Caſa, è ricorſo al Signor Conſigliere Commeſſario D. Orazio Guidotti, ed ha chieſto, ed ottenuto decreto di *audiatur in omnibus*: indi è ricorſo allo Spettabile Signor Preſidente del S. Conſiglio, pretendendo, doverſi coteſta cauſa ſpedire in due Ruote, perchè come non ſi dubita, che 'l dare in enfiteuſi ſia alienare, così non è da dubitare, che la detta Caſa ſoggiaccia al majoraſco iſtituito nell' anno 1717. dal Duca
1 di Girifalco D. Niccolò, che di qualunque alienazione fece eſpreſſo divieto; ma perchè quantunque nell' iſtrumento dicaſi fatta l'enfiteuſi a vita della Signora Principeſſa, nondimeno ſoggiungeſi, che, premorendo il Signor Marcheſe, *ſia in libertà del chiamato o di farla continuare nella d. cenſuazione, o pure di rivocarla;* conſeguentemente s' intende fatta a vita del concedente, che, non oſtante il divieto di alienare, può, durante ſua vita, diſporre liberamente de' frutti (a); trovaſi dal Signor Preſidente ordinato, che nella ſola Ruota del Commeſſario ſi ſpediſca la cauſa.

Or qual è in queſta cauſa l' intereſſe del Signor Preſidente Lignola? Dice, che 'l Sign. Marcheſe di Are-

na,

(a) *V. Perez. in tit. Cod. de reb. alien. non alien. n.* 5.

na, dando in enfiteusi la Casa, fa, che la Sign. Principessa l'espella dall' appartamento, ch'e' tiene a fitto; e che in fatti gli aveva il detto Signor Marchese giudiziariamente fatto sapere, che intendea di darla in enfiteusi, e che perciò ne dovesse uscire.

Ma è cotesto un interesse secondario, e di mera 2
conseguenza: e perchè tale, la Legge nol cura. Più sono i luoghi de' Libri della Legge, donde una tal massima è tratta. Nè recherò un solo del giurisconsulto Ulpiano (*a*). Il tutore, in un negozio di sua propria 3
utilità, non può prestare l' autorità sua al pupillo: e pure, se 'l pupillo è scritto erede da un debitore del tutore, può costui prestargli l' autorità sua, perchè adisca l'eredità, non ostante che per l'adizione diventi suo debitore il pupillo: *Quamquam regula sit juris civilis*, dice Ulpiano, *in rem suam auctorem tutorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accomodare, quamvis per hoc debitor ejus efficiatur*. Recandone poi la ragione, distingue l'interesse primario e diretto, ch'è quel che si attende, dall'interesse secondario e di conseguenza, ch' è quello, che non si cura: *Prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat: per consequentias contingit, ut debitum subeat.* Nel caso nostro, ben può dire con Ulpiano il Sign. Marchese di Arena, che *prima ratio est* la sicurezza, che ha voluto acquistare per tutta sua vita dell' annua rendita di duc. 640.; e che *per consequentias contingit*, che 'l Sign. Presidente debba lasciare l' appartamento: nè per- 4
chè ciò gli spiace, o gli nuoce, potrà mai chiamarsi danno, conciosiachè la Legge abbia per danno quel solo, che da colui ci viene, che fa quello, che non ha diritto di fare: *Nemo damnum facit*, dice il giurisconsul-

(a) *L. 1. pr. ff. de auct. tut.*

to Paolo (*a*), *nisi qui id facit, quod facere jus non habet*: nè per altra ragione il danno, che, a giudizio della gente volgare, vero danno sarebbe, tal non è a giudizio de' giurisconsulti; se non perchè il danno, che ci vien da colui, il quale usa di sua ragione, è danno secondario e di mera conseguenza, il qual non si attende. Così nel suo Codice il Fabro (*b*): *Ex eo, quod quis suo jure faceret, teneri non potest, licet PER CONSEQUENTIAM alteri noceatur.*

Ma la convenzione tra la Sign. Principessa, e 'l Signor Marchese (soggiunge il Sign. Presidente) si è fatta unicamente ad emulazione, cioè per farmi uscire dell' appartamento in frode del Bando: e comecchè in apparenza sia una enfiteusi, nondimeno è in sustanza una locazione: e quando non ci sia, com' è da sospettare, una qualche segreta scrittura, non dubbia fede, ne fanno alcuni patti, che più alla locazione convengono, che alla enfiteusi.

L' emulazione (rispondo io) vien da' Dottori del tutto esclusa, quando si provi l' utilità dell' atto, che pretendesi fatto ad emulazione. Or evidentissima è l' utilità, che 'l Sign. Marchese di Arena trae dall' aver data la sua Casa in enfiteusi alla Signora Principessa. Il fitto, che per tutta cotesta Casa si paga, sono annui duc. 710. E chi è, che dovendo scegliere tra annui duc. 640. certi, e ben pagati, e 710. incerti, non si recherebbe a gran vantaggio scegliere i primi? Secondo quel, che più frequentemente accade (ch' è la regola, ond' è ne' casi dubbj da giudicare) molti anni dovrebbon vivere la Signora Principessa, e 'l Signor Marchese. Nello spazio di cotesti anni, ben può temere il Sign. Marchese, che uno,

o più

(a) *L. nemo 151. de reg. jur.*
(b) *Lib. 3. tit. 24. def. 5. nos. 2.*

o più appartamenti non restino vuoti, o che non ne sia minore il fitto: e maggiormente ne può temere, perchè la Casa è in un luogo della Città nobilissimo un tempo, ma poco desiderato a dì nostri. Posta l'enfiteusi, nè di questo, nè di quello può temere il Signor Marchese. Quandochè poi niuno degli appartamenti restasse vuoto, le annue *accomodazioni* ne scemerebbero il fitto. Nel solo appartamento, che abita la Signora Principessa, sonosi per le *accomodazioni* spesi in un anno più di 100. duc. da lei pagati a conto del fitto con partite di Banco, e colla intelligenza dello Scrivano Santorsola: e nell' istrumento dell'enfiteusi sta convenuto, che debba la Signora Principessa *bene e diligentemente tenere, ed accomodare la suddetta Casa, e tutti i suoi membri di tutte le accomodazioni, che saranno necessarie, senza che possa pretendere di ritenersene la spesa dal suddetto annuo canone:* e non molto lontane sono alcune *accomodazioni* di più centinaja. Il savio, ed onesto tavolario del S. Consiglio D. Gennaro Papa, col cui parere la convenzione si è fatta, dice nella sua *relazione*, che *le coverture solari* dell' ultimo appartamento *sono di mediocre qualità, sebbene in parte rappatumate con pece, ma quelle però verso la strada de' Tribunali sono incurvate, ed infossate*. Oltracciò sta convenuto, che, se *per tremuoto, od altro accidente*, la Casa patisse alcun danno, *per cui bisognasse rifazione*, debba questa *restare a carico* non tutta del Sign. Marchese, come, posta la locazione, tutta a di lui *carico restar dovrebbe*, ma *resti a carico della Signora Principessa fino alla somma di duc.* 100. Nè sono quì da ometter due cose. L' una è, che 'l Signor Marchese degli annui 710, che sono oggi il fitto di tutta la Casa, dee pagarne alla Signora Principessa di Valle D. Margherita Caracciolo annui 600, e rotti, interesse de' duc. 15029, che rappresenta liberi con decreto di *praeferatur* sulla detta Casa:

onde ſe vuoto ne reſtaſſe alcuno degli appartamenti, od a minor fitto ſi deſſe; e ſe qualche conſiderabil ſomma ſi aveſſe a ſpendere per *accomodazioni*, o *rifezioni*, poſta la locazione, a doppio danno ſoggiacerebbe, perchè non tanto eſigerebbe, quanto avrebbe a pagare, e con altre ſue rendite ſupplir dovrebbe quel-, che mancaſſe degli annui 600, e rotti. L'altra è, che *volendo la Sig. Principeſſa fare in d. Caſa abbellimenti, e ſpeſe voluttuoſe*, ſta ancora convenuto, che debban *reſtare a beneficio del Sign. Marcheſe, e de' ſuoi ſucceſſori*. La ſperienza ci fa vedere, che gli *abbellimenti*, e le *ſpeſe voluttuoſe*, ſecondo il guſto de' tempi noſtri, molto più agevoli rendono gli affitti delle caſe: onde, per riſpetto di ciò, tornano ancora in utilità del Sign. Marcheſe, e de' ſuoi ſucceſſori. Finalmente ſta convenuto, *che a carico della Signora Principeſſa debban reſtare le liti, che forſe poteſſero naſcere in avvenire per cauſa di ſervitù così attive, come paſſive*. Poſto tutto ciò, come può cadere in mente ſana alcun ſoſpetto di emulazione?

Che poi vera enfiteuſi ſia coteſta convenzione, non ſi può dubitare. Diceſi nell' iſtrumento, ch' *era ſtato il Signor Marcheſe richieſto dalla Sign. Principeſſa a volerle CENSUARE l' intera Caſa*; e che 'l Sign. Marcheſe, *avendo trovata molto plauſibile, e vantaggioſa una tal CENSUAZIONE, era venuto ad accettare volentieri il progetto*: che le avea *locato, conceduto, e per titolo di locazione e conceſſione per fuſtem, & in ENFITEUSI la ſuddetta intera Caſa . . . . ad annuo CANONE, e reddito, ſeu CENSO ENFITEUTICO di duc. 640.*: le
6 quali eſpreſſioni proprie ſono della enfiteuſi. Nè ci debbon turbare le voci *locato*, e *locazione*, come quelle, che convengono, ſecondo il parlar legale, non meno alla enfiteuſi, che alla vera e propria locazione; onde ſcriſ-

ſe

se il Vinnio (a) : *Emphyteusis nihil aliud est, quam in perpetuum, vel bene longum tempus facta locatio :* e per tre luoghi di Paolo, e di Ulpiano il confermerò più giù. Soggiungesi ancora nell'istrumento, che concedeva il Signor Marchese alla Signora Principessa la Casa *con tutti li patti enfiteutici tam de jure, quam de consuetudine soliti e consueti apponersi ;* e nominatamente co' patti, che debba a sue spese farvi tutte le *accomodazioni :* che debba prendere sopra di se le liti di servitù *così attive, come passive :* che volendone alienare il *dominio utile*, debba *restar salvo in beneficio di esso Signor Marchese il diritto de' laudemj ;* e che contravvenendo ella a cotesti patti, *resti priva dell' UTILE DOMINIO di d. Casa, e delle migliorazioni in essa fatte :* i quali patti convengono tutti alla sola enfiteusi.

E si oppone invano alla Signora Principessa, ed 7
al Signor Marchese la simulazione. Questa, comecchè possa in altri casi provarsi per congetture, quando di enfiteusi si tratta, non può provarsi altrimenti, che per qualche scrittura: e la ragione è questa, perchè non al- 8
trimenti, che in iscritto può farsi il contratto enfiteutico, come per quelle parole dell' Imperador Zenone (b) *scriptura interveniente*, insegnano comunemente i Dottori. Cotesta, e non altra pruova ammise il S. Consiglio ne' tempi di Matteo degli Afflitti, che 'l lasciò scritto (c) : *Contractus emphyteuticus, secundum magis communem opinionem, est contractus, qui de sua essentia requirit scripturam : quo casu debet probari simulatio in scriptis*. E dov'è la scrittura, onde l'opposta simulazione si prova? Che se si vuol provare per lo stesso istrumento della

enfi-

(a) *Ad* §. 3. *Inst. de locat. num.* 7.
(b) *L.* 1. *C. de jure emphyt.*
(c) *Decis.* 72. *num.* 8.

enfiteuſi, qual coſa è in eſſo, che più alla locazione, che alla enfiteuſi convenga.

Si dice, che l' enfiteuſi di ſua natura concedeſi a perpetuo, e nel detto iſtrumento è conceduta a vita.

9 Riſpondo col Vinnio (*a*): *Jus emphyteuticum, natura ſua, perpetuarium eſt: ex conventione tamen temporarium eſſe poteſt, modo ne ad modicum tempus conſtituatur.* E della enfiteuſi conceduta per 10, 20, o 30 anni, od *a vita del concedente*, qual è la noſtra, parla Giovanni Arpretto (*b*): *Quamvis hic contractus, ſui natura, ſit perpetuus, tamen etiam ad tempus, puta ad* 10, 20, 30 *annos, vel ad vitam concedentis pactis partium emphyteuſin concedi poſſe, notum eſt.* Lo ſteſſo, per comun ſentimento de' Dottori, ſcrivono il Sabelli (*c*), e 'l noſtro Altimari (*d*). Nè ſolamente i Dottori, ma le Leggi ancora ammettono l'enfiteuſi a tempo. Sotto il titolo delle Pandette, *Si ager vectigalis, id eſt emphyteuticarius petatur*, il giuriſconſulto Paolo ſcrive (*e*): *Agri vectigales* (cioè *emphyteuticarii*) *vocantur, qui in perpetuum locantur, id eſt hac lege, ut tamdiu pro illis vectigal pendatur, quamdiu neque ipſis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum ſucceſſerunt, auferri eos liceat* (*f*) .... *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adverſus quemvis poſſeſſorem: ſed & ad-*

(a) *Ad* §. 3. *Inſt. de locat.*

(b) *Ad cit.* §. 3. *Inſt. num.* 95.

(c) *V. emphyteuſis, num.* 74.

(d) *De nullit. contract. rubr.* 1. *p.* 2. *q.* 18. *n.* 10, & 11.

(e) *L.* 1. *pr.* & §. 1.

(f) In coteſto luogo di Paolo ho io per fermo, che dove leggeſi *tamdiu*, ſcriſſe Paolo *quamdiu*: e dove

adverſus ipſos municipes: e più giù (*a*) : *Idem eſt & ſi ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum ſit.* Quel, che importa, ſi è, che'l tempo non ſia troppo breve. Così Ulpiano (*b*) : *Quod ait Praetor, ſi actio de ſuperficie poſtulabitur, cauſſa cognita, dabo: ſic intelligendum eſt, ut ſi ad tempus quis ſuperficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et ſane, cauſſa cognita, ei, qui NON AD MODICUM TEMPUS conduxit ſuperficiem, in rem actio competet:* e queſti ſono i tre luoghi, ne' quali i verbi *locare*, e *conducere* ſi riferiſcono alla enfiteuſi, nè 11
poſſono riferirſi alla locazione, da cui non può naſcere l'utile azione *in rem*, che quivi daſſi al conduttore. Ma qual è quel tempo, che *non modicum* vien detto dal giuriſconſulto Ulpiano? Ecco quel, che ne ſcriſſe il Cujacio (*c*) : *Cauſſa cognita danda eſt actio haec, nec enim dabitur ex locatione nuda & ſimplici, ſed ex cauſſa tantum, quae jus conductori tribuit & conſtituit: & ſi quidem locatio fuit in modicum tempus, puta in quinquennium, videtur fuiſſe locatio, & conductio nuda & ſimplex, ſive vulgaris, ſolebant enim locationes fieri in quinquennium:*

at

---

ve leggeſi *quamdiu*, ſcriſſe *tamdiu*. Così richiede il ſenſo, e così nel teſto a penna trovò ſcritto Triboniano, che nel §. 3. del tit. delle Iſtituzioni *de locat.* avendo ſotto gli occhi quel teſto, laſciò ſcritto: *De praediis, quae perpetuo quibuſdam fruenda traduntur, id eſt, ut QUAMDIU penſio, ſive reditus pro bis domino praeſtetur, neque ipſi conductorj, neque heredi ejus, cuive conductor, hereſve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre licebit.*

(a) *L. 3. ff. ſi ager vectig.*
(b) *L. 1. §. 3. de ſuperfic.*
(c) *Ad tit. ff. ſi ager vectig. tom. 7. p. 377. edit. Neap.*

at locationes, quibus conceditur conductori, & constituitur jus emphyteuticum, vel jus superficiarium . . . fiunt in longius tempus, quam quinque annorum. Il tempo, che sia oltre i 5. anni, si ha dal Cujacio per tempo non breve. Comunemente si crede esser lo spazio di 10 anni. Comunque stia la cosa, egli è certo, che la diversa circostanza del tempo, nel solo dubbio, vale ad indurre la presunzione di questa, o di quella disposizione degli animi de' contraenti, cioè dell' aver voluta o la locazione, o l' enfiteusi. Quandochè poi concedasi il fondo 12
con patto espresso, che pagandosi la pensione od a perpetuo, od a tempo non breve, il concessionario acquisti il dominio utile, o sia il jus *in re*, del quale, a differenza del semplice conduttore, si valga anche contra 'l padron diretto, se voglia costui per proprio uso il fondo, o voglia venderlo, od altrimenti trasferirlo ad altrui; allora della enfiteusi non si può più dubitare; conciosiachè non in altro, che nel dominio utile, per cui cessan gli effetti del dominio diretto, faccia il giurisconsulto Paolo consistere l'enfiteusi per le soprascritte parole, *Hac lege*, ec. Così, meglio che altri, i soprarrecati luoghi di Paolo intese il Fabro: *Quibus locis*, e' scrive (*a*), *non simpliciter de conductione agitur, quae facta sit ad longum tempus, sed de fundo vectigali & emphyteuticario, vel superficiario, qui locatus sit vel in perpetuum, vel saltem ad non modicum tempus, non solum constituta certa pensione annua, sed illa etiam lege adjecta, ut quamdiu vectigal, aut pensio solvetur, non possit dominus rem auferre conductori, ut scriptum est in L. 1. ff. si ager vectigalis; haec enim pactio illa est, quae jus in re, & in rem praebet conductori propter jus retentionis, quod ei tribuit, ut, invito etiam domino, possit rem sibi retinere:*

quod

(a) *De err. Pragm. dec.* 100. *err.* 5.

quod in ceteris vulgaribus, & ordinariis conductionibus diversus est.

Oltracciò si dice, che 'l canone di duc. 640, col peso delle annue *accomodazioni*, pareggia il frutto, che dalla Casa data a fitto si percepisce, quandochè 'l canone esser dee molto minore, come quello, che pagasi in ricognizione del dominio diretto, non già per compensazione de' frutti.

Rispondo col Surdo (*a*): *Emphyteusis vere & proprie sit, quando pro justa pensione res jam fertilis, & pretiosa conceditur .... & si soleat constitui pro modica pensione, non tamen subvertitur ejus natura, si concedatur pro magna.* In fatti tuttodì si danno in enfiteusi i fondi fruttiferi per canoni corrispondenti a' frutti, nè possono altrimenti darsi in enfiteusi i fondi delle Chiese. E nol nego, secondo la natura di questo contratto, che 'l canone non corrisponda a' frutti; ma ciò non è della sustanza di esso. Sono della sustanza della enfiteusi la costituzione di un certo canone, la traslazione del dominio utile, e 'l laudemio, che certamente si paga in segno del dominio diretto (*b*): le quali cose concorron tutte nel nostro caso. 13

Dicesi ancora, non convenire alla enfiteusi il patto, che pe' danni, cui per tremuoto, per fulmine, o per altro simigliante caso possa soggiacere la Casa, debba la Signora Principessa esser tenuta non oltre i ducati 100; concioshachè per Legge tutti i danni sieno del solo enfiteuta, eccettone il solo caso, che del fondo *nihil reliquum remansit*, come parla l'Imp. Zenone (*c*). 14

(a) *Decis.* 198. *num.* 20.

(b) *Alim. de nullit. contract. rubr.* 1. *p.* 2. *num.* 30, 31, & 494.

(c) *L.* 1. *C. de jur. emphyt.*

15 Risponde collo stesso Zenone, appresso cui precedono le parole, *Cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel ETIAM FORTUITIS CASIBUS, pactionibus, scriptura interveniente habitis, placuerint, firma, illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri*. Lo stesso ordinò poi l'Imp. Giustiniano de' patti risguardanti il tempo, e 'l modo del pagamento del canone (*a*): ed in virtù delle Costituzioni di Zenone, e di Giustiniano scrisse il Surdo (*b*): *Emphyteusis recipit OMNIA PACTA, ETIAM EXTRANEA:* e bellissima, per rispetto di ciò, è l'espressione de' Dottori appresso il Sabelli (*c*): *Emphyteusis nullam quasi propriam naturam habet, nisi ut partes conveniunt.... & est veluti quaedam materia informis, recipiens formam ex placito contrahentium*. E posta la durata della enfiteusi per la sola vita del concedente, non era giusto, che a carico della Signora Principessa andassero interamente i danni.

Finalmente si dice, che nel d. istrumento si fa dalla Signora Principessa una espressa rinunzia di qualunque *escomputo, anca per causa di peste, o di guerra, o di altro qualsisia impedimento, e caso fortuito divino, o umano, raro, insolito, ed inopinato*: la qual rinunzia
16 alla sola locazione può convenire; giacchè, quando il fondo enfiteutico non sia perito del tutto, sempre il canone interamente è dovuto (*d*).

17 Rispondo, esser cotesta rinunzia più tosto argomento di enfiteusi, che di locazione. In fatti, tra gli argomenti della enfiteusi, la pose il Mantica (*e*): *Potest sumi*

(a) *L.* 2. *C. eod.*
(b) *Decis.* 198. *num.* 20.
(c) *V.* emphyteusis, *num.* 86.
(d) *L.* 1. *C. de jure emphyt.*
(e) *De tacit. & ambig. convent. lib.* 22. *tit.* 8. *num.* 14. & 15.

mi argumentum, quod emphyteusis intelligatur, si convenerit, ut conductor, qui pensionem solvere debet, propter sterilitatem, vel aliam fructuum calamitatem remissionem pensionis petere non possit; nam hoc est proprium emphyteutae, qui tenetur solvere canonem, nisi res tota sit peremta. Feceſi poi l' obbjezione, ch' eſſendo una tal rinunzia del tutto ſuperflua nel contratto della enfiteuſi, poteva anzi parere, che ſi provaſſe per eſſa, eſſer locazione; ed alla obbjezione riſpoſe, che talvolta le coſe, 18
che ſi anno come eſpreſſe per Legge, ſi eſprimono per una maggior chiarezza dall' uomo, ſenza che ſi alteri la diſpoſizion della Legge: *Sed poteſt dici, id verbis eſſe expreſſum, quod tacite intelligitur; nam quae dubitationis tollendae cauſa contractibus inſeruntur, jus commune non laedunt, L. mutuam ff. mand.* All' autorità del Mantica, 19
ſi aggiunga l' autorità del noſtro Altimari, che tra le congetture della enfiteuſi poſe ſenza eſitazione anche queſta (a), *ſi dictum ſit, quod non poſſit petere excomputum.*

Ma non è egli ſuperflua coteſta rinunzia: ed ecco ancora una ſeconda riſpoſta. Di *guerra*, e di *peſte* nominatamente ſi parla nell' iſtrumento: e ne' caſi appunto, 20
che per peſte, o per guerra non poſſa l' enfiteuta entrar nel fondo, ed uſarne, ſi agita nelle ſcuole, e nel foro la controverſia detta da Giovanni Arpretto (b) *difficilis ac perplexa*, ſe per quel tempo, che non può uſarne, gli ſi debba rimettere il canone. E l' Arpretto, dopo molti, e molti altri, dice di sì (c), per la ragione, che, durante quel tempo, ſi ha 'l fondo enfiteutico come del tutto perito: nel qual caſo ſi è detto, che per Legge

(a) *De nullit. contract. rubr. 1. p. 2. qu. 18. num. 323.*
(b) *Ad §. 3. Inſt. de locat. num. 375.*
(c) *Num. 376.*

21 il canone non ſi dee (*a*) : e non crede, che oſti quel, che nella *prefazione* della *Nov. VII.* è ſcritto, dover cedere a danno dell' enfiteuta i caſi fortuiti, concioſiachè ciò ſia da intendere di que' caſi, che non del tutto gli tolgóno l' uſo del fondo. Dunque, perchè ne' caſi di peſte, di guerra, o in altri ſimiglianti (che ſieno lontaniſſimi) non poteſſe la Signora Principeſſa di coteſta ſentenza valerſi contra 'l Signor Marcheſe, neceſſaria, non che utile, fu la ſuddetta rinunzia.

22 Nè fu meno neceſſaria, od utile sì fatta rinunzia (ed ecco una terza riſpoſta) per lo timore, che poteva, e doveva avere il Signor Marcheſe della equità de' Tribunali, che ne' termini di vera enfiteuſi anno talvolta a minor ſomma ridotti i canoni, tuttochè non del tutto ſi foſſe perduto l' uſo del fondo. Nella cauſa tra gli Economi della Chieſa di S. Giorgio, e 'l Giudice della G. Corte D. Franceſco Vollaro, il canone di annui duc. 25, perchè 'l fondo enfiteutico era ſtato dal fuoco del Veſuvio occupato per metà, fu dal S. Conſiglio ridotto a duc. 12 : della qual deciſione fa, dopo il Toro, menzione il Petra (*b*), ſoggiungendo per l' autorità di molti, e gravi Dottori, *ex juſtis cauſſis, ſaltem ex æquitate, reductionem cenſus emphyteutici & reſervativi exceſſivi admitti.*

23 Ultimamente è da notare (e queſta ſia la quarta riſpoſta) che leggeſi la d. rinunzia nella parte eſecutiva dell' iſtrumento, in cui non ſolo all' *eſcomputo*, ma ſi rinunzia ancora a *qualunque eccezione, anco liquida prevenzione* ec. Or non ci è chi non ſappia, quanto poco conto ſia da tenere delle clauſole poſte nella parte eſecutiva dell' iſtrumento, come di quelle, che ſono opera del

(a) *L. 1. C. de jure emphyt.*
(b) *Ad rit. 166 num. 208 verſ.* adduximus inſuper.

del Notajo, non de' contraenti (a).

Ponga fine a questa breve *Scrittura* un argomento, a mio giudizio, invincibile della buona fede, con cui la censuazione si è fatta, ed esclusivo di qualunque sospetto di simulazione: e questo non altronde si trae, che da que' medesimi patti, donde si vuol trarre argomento di simulata enfiteusi. Se si fosse voluto fare apparire una enfiteusi, sotto cui si ascondesse una locazione, sarebbesi ridotto l' istrumento a poche parole, cioè al solo dirsi, che concedeasi la Casa in enfiteusi a vita del concedente con tutti i patti enfiteutici *de jure*, *& de consuetudine:* e 'l di più sarebbesi espresso in una privata carta. Era questa una cosa, che sarebbe venuta in mente a chicchessia, e sarebbesi da chicchessia eseguita in modo, che non ne avrebbe il Signor Presidente potuto aver mai notizia alcuna.

Di Casa nel dì 28 del mese di Febbrajo dell' anno 1772.

DEL-

(a) *Card. de Luca de renunciat. disc. 3. num. 14. Altimari in cit. quaest. num. 152.*

DELLA LOCAZIONE, E DELLA CONDUZIONE TEMPORALE.

Per D. Eleuterio Amatulli, e D. Niccolò Sangiorgio contra il Marcheſe de los Balbaſes, e D. Giuſeppantonio Palatraſio.

ARGOMENTO.

I. Poſſono i feudi darſi a fitto, anche per tempo lungo, ſenza l'aſſenſo del Principe.

II. Il ſocio, che doloſamente rinunzia alla ſocietà, decade dalla ſteſſa ſocietà, ed è tenuto a riſtorare i ſocj dell'intereſſe, e de' danni ſofferti.

SOMMARIO.

1 SE *la pena della perdita del feudo minacciata dal jus feudale comune, caſochè il feudatario ſenz' aſſenſo l'alieni, ſia ſtata dalle Leggi del Regno abolita.*

2 *Se ſotto il divieto dell' alienazion de' feudi, ſia compreſa la locazione di tempo lungo:* Ved. i num. ſeg.

3 *Le alienazioni de' feudi ſenz' aſſenſo, ſono vietate:* Ved. il num. 6. *Prima dell' Imp. Lotario ſi permettevan talvolta; il che fu abolito:* Ved. il num. ſeg. *Qual fu la cagione di tal divieto:* Ved. i num. 5. ed 8.

4 *La locazion del feudo fatta ſenz' aſſenſo, e per tempo lungo, o lunghiſſimo, vale: tranne ſoltanto quella, che ſia fraudolente alienazione:* Ved. i num. ſeg.

7 *I verbi* Locare, & Conducere, *in qual ſignificato talvolta ſi uſino.*

9 *Se la locazione di tempo lungo trasferiſca nel conduttore* jus in re: *Ved. i num. ſeg.*

10 *Il vero poſſeſſo, anche dopo la tradizione della coſa locata, ſi ritiene dal locatore.*

11 *Migliore della condizion del conduttore è quella del creditore pignoratizio, e del perchè.*

12 *Il jus della percezion de' frutti, è diverſo dal* jus in re: *Ved. i num. ſeg.*

13 *Il nuovo padrone, avvegnachè finito non ſia il tempo della locazione, può, ſe vuole, eſpellere il conduttore: ma ſe ci abbia l' ipoteca del fondo, nol può eſpellere:* Ved. il num. 36.

14 *Per lo jus dell' ipoteca, ſi acquiſta il* jus in re.

15 *Le Leggi non han data al tempo la forza di trasformare i contratti:* Ved. i num. ſeg.

16 *Il tempo non baſta ad indurre l' obbligazion perſonale: e molto men baſta a trasferire il* jus in re.

17 *A quali atti ſi eſtenda il divieto di alienare.*

18 *Quale fu appo i Romani il tempo ſolito degli affitti de' fondi pubblici, o privati:* Ved. il num. 34.

19 *Quali diritti abbia il feudatario ſul feudo; e quale uſo debba, o poſſa farne:* Ved. i num. ſeg.

20 *I frutti del feudo, o ſeparati, o pendenti, ſono burgenſatici.*

22 *Si ſpone una Decretale di Papa Celeſtino III.* in C10. ad audientiam 9. de reb. Eccleſiæ non alien. *Ved. i num. ſeg.*

23 *L' enfiteuſi, tuttochè di ſua natura ſia perpetua, nondimeno per convenzione può reſtringerſi a tempo determinato: e può eſſer meno di* 10. *anni:* Ved. il num. 32. e ſeg.

24 *La locazione di tempo lungo, in qual anno per dritto*

Can-

DELLA LOCAZIONE, E DELLA CONDUZIONE TEMPORALE.

Per D. Eleuterio Amatulli, e D. Niccolò Sangiorgio contra il Marcheſe de los Balbaſes, e D. Giuſeppantonio Palatraſio.

ARGOMENTO.

I. Poſſono i feudi darſi a fitto, anche per tempo lungo, ſenza l'aſſenſo del Principe.

II. Il ſocio, che doloſamente rinunzia alla ſocietà, decade dalla ſteſſa ſocietà, ed è tenuto a riſtorare i ſoci dell'intereſſe, e de' danni ſofferti.

SOMMARIO.

1 SE *la pena della perdita del feudo minacciata dal jus feudale comune, caſochè il feudatario ſenz' aſſenſo l'alieni, ſia ſtata dalle Leggi del Regno abolita.*

2 *Se ſotto il divieto dell' alienazion de' feudi, ſia compreſa la locazione di tempo lungo:* Ved. i num. ſeg.

3 *Le alienazioni de' feudi ſenz' aſſenſo, ſono vietate:* Ved. il num. 6. *Prima dell' Imp. Lotario ſi permettevan talvolta; il che fu abolito:* Ved. il num. ſeg. *Qual fu la cagione di tal divieto:* Ved. i num. 5. ed 8.

4 *La locazion del feudo fatta ſenz' aſſenſo, e per tempo lungo, o lunghiſſimo, vale: tranne ſoltanto quella, che ſia fraudolente alienazione:* Ved. i num. ſeg.

7 *I verbi* Locare, & Conducere, *in qual ſignificato talvolta ſi uſino.*

9 *Se la locazione di tempo lungo trasferiſca nel conduttore* jus in re: *Ved. i num. ſeg.*

10 *Il vero poſſeſſo, anche dopo la tradizione della coſa locata, ſi ritiene dal locatore.*

11 *Migliore della condizion del conduttore è quella del creditore pignoratizio, e del perchè.*

12 *Il jus della percezion de' frutti, è diverſo dal* jus in re: *Ved. i num. ſeg.*

13 *Il nuovo padrone, avvegnachè finito non ſia il tempo della locazione, può, ſe vuole, eſpellere il conduttore: ma ſe ci abbia l' ipoteca del fondo, nol può eſpellere;* Ved. il num. 36.

14 *Per lo jus dell' ipoteca, ſi acquiſta il* jus in re.

15 *Le Leggi non han data al tempo la forza di trasformare i contratti;* Ved. i num. ſeg.

16 *Il tempo non baſta ad indurre l' obbligazion perſonale: e molto men baſta a trasferire il* jus in re.

17 *A quali atti ſi eſtenda il divieto di alienare.*

18 *Quale fu appo i Romani il tempo ſolito degli affitti de' fondi pubblici, o privati;* Ved. il num. 34.

19 *Quali diritti abbia il feudatario ſul feudo; e quale uſo debba, o poſſa farne:* Ved. i num. ſeg.

20 *I frutti del feudo, o ſeparati, o pendenti, ſono burgenſatici.*

22 *Si ſpone una Decretale di Papa Celeſtino III.* in Cap. ad audientiam 9. de reb. Eccleſiæ non alien. *Ved. i num. ſeg.*

23 *L' enfiteuſi, tuttochè di ſua natura ſia perpetua, nondimeno per convenzione può reſtringerſi a tempo determinato; e può eſſer meno di* 10. *anni:* Ved. il num. 32. e ſeg.

24 *La locazione di tempo lungo, in qual anno per dritto*

Can-

Canonico fu vietata: e ſino a qual tempo fu inteſa per quella, che facevaſi per anni 10; *e quando cominciò ad intenderſi per quella, che facevaſi oltre i tre anni.*

25 *Per quali argomenti i feudiſti ebbero erroneamente per alienazione la locazione di* 10. *anni:* Ved. i num. ſeg.

26 *Qual ſi fu la ragione, per cui il jus Canonico vietò la locazione di tempo lungo:* Ved. i num ſeg.

28 *La locazione de' feudi fatta oltre i tre anni, ſi è da qualche Dottore erroneamente avuta per alienazione.*

29 *Si ſpongono le tre Leggi del titolo delle Pandette,* ſi ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur; *e ſi moſtra, che ſotto coteſto titolo non trattaſi della ſemplice locazione, ma dell' enfiteuſi:* Ved. i num. ſeg.

30 *Al ſuperficiario di tempo non* breve (*non già al ſemplice conduttor della ſuperficie*) *compete l' azione reale naſcente dal* jus in re: *Ved. i num.* 34. 35. *e* 58.

35 *Della regola da poter conoſcere quando il contratto ſia enfiteutico, e quando ſia di ſemplice locazione, e conduzione: e del divario, che paſſa tra 'l ſuperficiario, e 'l ſemplice conduttor della ſuperficie:* Ved. i num. ſeg. e 'l num. 58.

36 *Più ſono i caſi, in cui può 'l ſemplice conduttore eſpellerſi, ancorchè pagbi puntualmente il fitto.*

37 *Il feudatario, gravato per fedecommeſſo a reſtituire il feudo, può ſenz' aſſenſo, e finchè viva, dare a fitto lo ſteſſo feudo:* Ved. il num. 61.

38 *Se ſenz' aſſenſo per breve, o per lungo tempo poſſa darſi a fitto il feudo, che comprende giuridizione.*

39 *Le rivoche de' contratti feudali prendon forza dal dì della notificazione fatta alle parti.*

40 *Qual ſia l' uſo, e la pratica, ſecondo cui i contratti feudali ſi rivocano.*

41 *Se la notificazion della ſuddetta rivoca debba eſſer giudiziaria, oppure baſti l' eſtragiudiziale:* Ved. il num. ſeg.

ſeg. e 'l num. 70. e ſeg.

42 *Le deciſioni hanno gran forza nelle coſe ambigue; ma nulla vagliono, dove chiara è la Legge.*

43 *L' aſſenſo s' intende dato giuſta la petizione approvata, o moderata dall' iſtanza fiſcale.*

44 *L' aſſenſo deveſi intendere ſecondo il tenor del ſommario, tratto dalla ſupplica porta al Principe.*

45 *Non poſſono i Cherici torre a fitto gli altrui poderi.*

46 *La ſocietà contratta con perſone riprovate per Legge, è nulla.*

47 *A quali perſone, giuſta le Leggi del Regno, ſia permeſſo di accuſare, e querelare.*

48 *Colla rinunzia ſcioglieſi la ſocietà.*

49 *Chi entrar vuole in una qualche ſocietà, aver deve il conſenſo di tutti i ſoci:* Ved. il num. ſeg.

50 *La ſocietà è una ſpezie di fratellanza.*

51 *Il ſocio, che doloſamente rinunzia alla ſocietà, è tenuto alla riſazion de' danni.*

52 *Chi intempeſtivamente rinunzia alla ſocietà è tenuto all'* id, quod intereſt.

53 *L' intempeſtiva rinunzia del ſocio, fa, che ſebbene il rinunziante non ſia ſocio ne' lucri, pur nondimeno ſi abbia per ſocio ne' danni.*

54 *Ai poſſeſſori di buona fede, che nel fondo altrui han fatto delle migliorazioni, ſi dà il jus della ritenzione.*

55 *Se ne' giudizj debbaſi procedere eſecutivamente, o con termine: e ſpezialmente, dove abbiaſi a decidere un punto di mero dritto:* Ved. i num. ſeg.

59 *Ne' proemj ſi contiene la cauſa finale della diſpoſizione.*

60 *La locazione de' feudi fatta ſenz' aſſenſo, e per tempo lungo, o lunghiſſimo, è valida, ſe da' contraenti eſpreſſamente dicaſi, che non s' intenda di trasferire il* jus in re.

61 *Dove la locazione da principio ſia una, e di tempo*

lungo, ſe incerta ne ſia la durata, baſta la ſola incertezza ad impedire la traslazion del jus in re: *Ved. il num.* 37. *e* 63.

62 *Della differenza, che paſſa tra'l conduttore, e'l tenutario.*

63 *La tenuta di tempo lunghiſſimo, e di* 100. *e più anni, non ſi ha per alienazione.*

64 *In quali caſi la dazion dell' uſufrutto vada compreſa ſotto il nome di alienazione.*

65 *Se nulla eſſendo la locazion di tempo lungo, ſia nulla del tutto, o nel ſolo eccesſo del tempo:* Ved. i num. ſeg.

66 *Della regola, che* l' utile non ſi vizia per l' inutile: *e delle ſue limitazioni:* Ved. i num. ſeg.

70 *Se la privata ſcienza della rivoca dell' alienazion del feudo, poſſa ſupplire il difetto della notificazione della ſteſſa rivoca:* Ved. i num. ſeg. e'l num. 41. e 42.

72 *Quale ſcienza ricercaſi nelle coſe di grave pregiudizio.*

74 *Dove per Legge richiedeſi la notificazione, non baſta la ſcienza, avvegnachè ſia piena, e diſtinta.*

ALLEGAZIONE V.

PER iſtrumento ſtipulato nel dì 3 del meſe di Aprile dell' anno 1764, diè a fitto il Marcheſe de los Balbaſes a D. Giuſeppantonio Palatraſio, a D. Eleuterio Amatulli, ed a D. Nicolò Sangiorgio, il feudo di *Ginoſa* per anni 12, e per annui duc. 11400 da trasmetterſi, e pagarſi in Napoli a ſpeſe, e riſchio de' conduttori, oltre altri 600. in circa di annui peſi, che coltoro preſero ſopra di ſe: nè, perchè quel feudo era ſtato affittato negli anni precedenti a D. Artuſo Quinto per ſoli annui duc. 9000, fu contento il Marcheſe di accreſcerne il fitto di altri annui duc. 3000. Volle ancora a ſe riſervare una vaſtiſſima *difeſa* detta il *Gaudiello*, ed

ob-

obbligare i conduttori a pagargli dentro lo ſpazio del primo anno, oltre il fitto, la conſiderabiliſſima ſomma di duc. 12000, ſenz'alcuno intereſſe, da doverſene rifare nel corſo degli anni dodici, ritenendo in ciaſcun anno duc. 1000 del fitto: la qual ſomma gli fu nel primo anno puntualmente pagata. Per altro iſtrumento ſtipulato cinque dì dopo, ammiſero i conduttori alla ſocietà dell'affitto tre Preti, ſtrettiſſimi loro congiunti, D. Dionigi Zicaro, D. Carmine Sangiorgio, e D. Liborio Amatulli. Ma ſe ne ſciolſero poi coſtoro per un terzo iſtrumento del dì 4 del meſe di Novembre del ſeguente anno 1765, e vi fu ammeſſo D. Paſquale Federici.

Sino al meſe di Gennajo dello ſcorſo anno 1768. D. Eleuterio Amatulli, e D. Niccolò Sangiorgio godettero di quella pace, che avean loro fatta ſperare le giurate promeſſe del Marcheſe. La turbò loro in quel meſe nol Marcheſe de los Balbaſes, oneſtiſſimo Cavaliere, ma D. Giuſeppantonio Palatraſio, uno de' tre conduttori. Luſingatoſi coſtui di potere per un nuovo contratto reſtar ſolo nell'affitto, fece dare ad intendere al Marcheſe, che la locazion fatta di quel feudo per 12 anni, come locazione di tempo lungo, era una vera alienazione; e che, non eſſendoſi fatta coll'aſſenſo del Principe, poteva egli, ſecondo le Leggi del Regno, perdere il feudo: la qual perdita non poteva altrimenti evitarſi, che rivocandoſi l'affitto in virtù della notiſſima Coſtituzione del Regno, *Conſtitutionem Divae memoriae*. E perchè più di buon cuore ſi diſponeſſe colui a venire contr'al proprio fatto, fecegli ancora credere, ch' e' dovea farlo per iſcrupolo di coſcienza, tra perchè contr' al divieto de' ſacri Canoni aveano i conduttori ammeſſi alla lor ſocietà tre Preti, tra perchè, facendo eſſi abuſo della giuridizione, opprimeano i vaſſalli. Così s' induſſe il Marcheſe a rivocare per pubblico iſtrumento l'affitto,

e tutti i ſoprarrecati motivi allegando, pretende oggi, che ſi rilaſci a ſuo benefizio il feudo:

E chi è, che non iſcuſi il Marcheſe del venir, ch' e' fa contr' al proprio fatto? Baſta a ſcuſarnelo il ſolo timor di perdere un feudo sì ſpecioſo. E' vero,
1 che la pena della perdita del feudo minacciata dal jus feudale comune, caſochè 'l feudatario ſenza l' aſſenſo del Principe l' alieni, a giudizio di Matteo degli Aſflitti (*a*), e della più gran parte de' noſtri, è ſtata dalle Leggi del Regno abolita; ma perchè 'l Freccia (*b*), comechè non neghi, eſſer queſta la *comune opinione de' periti del Regno*, nondimeno la contraria difende, e la difende qualche altro ancora; tanto baſtava ad indurre nell' animo del Marcheſe un timore, che lo ſcuſaſſe. Ed o quanto più ſarebbe da ſcuſarſi il Marcheſe de los Balbaſes, ſe, rivocando l' affitto, aveſſe prontamente offerte a' conduttori le molte migliaja, che gli ſi erano anticipatamente pagate: e ſe aveſſe nel tempo ſteſſo rivocata la locazione dell' altro ſuo feudo del *Seſto*, affittato ancora per anni dodici, e ſenza l' aſſenſo del Principe a D. Paſquale Federici.

Ma ſi venga alla cauſa. Scrivendo io per D. Eleuterio Amatulli, e per D. Niccolò Sangiorgio, dimoſtrerò nel primo Capo di queſta Scrittura, che poſſono i feudi darſi a fitto, anche per tempo lungo, ſenza l' aſſenſo del Principe: nel ſecondo, che l' iſtrumento d' affitto del dì 3 del meſe di Aprile dell' anno 1764, è munito del R. aſſenſo: nel terzo, che inſuſſiſtenti ſono i motivi della ſocietà contratta co' Preti, e dell' abuſo della giuridizione: nel quarto, che D. Giuſeppantonio Palatraſio è de-

(a) *In Conſt.* Conſtitutionem Divae memoriae, *pr.*

(b) *De ſubfeud. lib. 2. tit.* Quis dicatur Princeps §. *a Regnicolis*, *num.* 12.

decaduto dalla ſocietà dell' affitto, e dee condannarſi al rifacimento de' danni recati alla ſocietà.

CAPO I.

Poſſono i feudi darſi a fitto, anche per tempo lungo, ſenza l' aſſenſo del Principe.

E' Opinione della più gran parte degli ſpoſitori del jus feudale, che ſotto il divieto dell' alienazion de' feudi, è compreſa la locazione di tempo lungo, cioè di dieci anni: e la ragion, che ſe ne reca, è queſta, perchè sì fatta locazione trasferiſce nel conduttore il jus *in re*, cioè 'l quaſi dominio, che *dominio utile* volgarmente vien detto. Così per comun ſentimento de' Dottori il Roſentall (*a*): *Vaſallus prohibetur feudum ad longum tempus decem annorum, aut ulterius ſine conſenſu Domini locare. Ratio, quod in hujusmodi longi temporis locatione poſſeſſio, & utile jus dominii in conductorem tranſire receptum ſit.* Non altrimenti il de Ponte (*b*). Contra coteſta comun ſentenza, o, per meglio dire, contra coteſto comune vergognoſiſſimo errore, prendo io a ſcrivere ſecondo le vere maſſime della feudale, e Romana giuriſprudenza. 2

Secondo il jus comune feudale ſono vietate le alienazioni de' feudi ſenza l' aſſenſo del Principe, non già le locazioni: anzi queſte ſono eſpreſſamente permeſſe ſenza diſtinzion di tempi. In un luogo delle *Conſuetudini* 3 4

(a) *Tractat. jur. feud. cap. 9. membr. 1. concl. 7. num. 8. & 9. Adde ibi notata lit. i, & k.*

(b) *Deciſ. 28. num. 24 & ſeq. & num. 42.*

ni feudali, ſi dice (*a*), che prima dell' Imperador Lotario permetteaſi talvolta l' alienazion del feudo ſenza ſaputa del Principe; ma fu poi coteſto abuſo per una Coſtituzione di Lotario abolito: indi ſi ſoggiunge: *Donare autem, aut judicare pro anima* (cioè *pro anima legare*) *vel in dotem pro filia dare, nullius Curiae poterat conſuetudine, licet POSSET LOCARE, niſi locatio eſſet fraudulenta alienatio.* Si permette eſpreſſamente la locazione ſenza diſtinzion di tempi, e quella ſola locazione ſi eccettua, che ſia *frodolente alienazione:* nè l' alienazion frodolente è la locazione a lungo tempo, ma una vera alienazione naſcoſta ſotto il nome, e ſotto l' apparenza della locazione. L'atto, in tal caſo, come fatto in frode della Legge, non val per nulla, non come locazione, perchè queſta non ſi vuole, nè come alienazione, perchè queſta dalla Legge è vietata. E che ſia da ſporre così la *frodolente alienazione*, chiaramente ſi prova per quel, che quivi ſoggiungeſi, *ſicut eſt per libellum, ut dicatur venditio: quis enim dubitat, quod libellario nomine ſub viliſſima duorum denariorum penſione perpetuo concedatur utendum, alienatum in fraudem eſſe?* E l'avea prima detto Ulpiano, ſcrivendo (*b*): *Si quis conduxerit numo uno, conductio nulla eſt, quia & hoc donationis inſtar inducit.* Chi dà 'l fondo a fitto per un vil danaro non corriſpondente in alcun modo a' frutti, finge di dare a fitto, ma dona in ſuſtanza. Ecco la ſola eccezione, che ci dà 'l jus feudale comune: eccezione, che non comprende di certo la locazione di dieci anni, in cui non ci è frode.

5 Nè, perchè le parole, *licet POSSET locare;* e le parole, *niſi locatio ESSET*, riguardano il tempo paſſato,

(a) *Lib. 2. tit. 9.* Qualiter olim pot. feud. alien.
(b) *L. ſi quis conduxerit 46. ff. locat.*

to, ſe ne può trarre, che permetteaſi la locazione prima de' tempi di Lotario. La locazione, come quella, che nè propriamente, nè impropriamente può dirſi alienazione, è ſtata in ogni tempo permeſſa: onde il Cujacio, ſponendo il ſuddetto luogo delle *Conſuetudini feudali*, ſcriſſe (a): *Locare permittebatur, hodieque permittitur*: nè la Coſtituzion di Lotario comprende la locazione: *Nemini licere* [eccone le parole (b)] *beneficia, quae a ſuis Senioribus habent, ſine ipſorum permiſſione diſtrahere, vel aliquod commercium adverſus tenorem noſtrae Conſtitutionis excogitare, per quod Imperii, vel Dominorum minuatur utilitas.* Nota giudizioſamente il Cujacio (c), che in luogo della voce *commercium*, aſſi a leggere *commentum*, voce acconciſſima a ſpiegare quella *frodolente alienazione*, di cui ſi parla nel traſcritto luogo delle *Conſuetudini feudali*. E coteſta lezione io confermo per lo verbo *excogitare*, il quale molto meglio ſi riferiſce alla voce *commentum*, che alla voce *commercium*. Ma, ritenendoſi la voce *commercium*, il conteſto della Coſtituzione ci farà chiaramente conoſcere, che non può comprendere la locazione. Dieder cauſa alla Coſtituzione le vere, e proprie diſtrazioni de' feudi, per cui, ridotti ad inopia i feudatarj, mal poteano preſtare i militari ſervigj al Sovrano: *Comperimus, milites ſua beneficia paſſim diſtrahere, ac ita omnibus exhauſtis ſuorum Seniorum ſervitia ſubterfugere: per quod vires Imperii maxime attenuatas cognovimus, dum Proceres noſtri milites ſuos omnibus beneficiis ſuis exutos ad felicisſimam noſtri Numinis expeditionem nullo modo transducere valeant.* Poſta coteſta

cau-

(a) *Tom. 2. pag. 1245 lit. C. edit. Neap.*

(b) *Conſt. Imperialis de prohib. feudi alienat. per Lothar. lib. 2. feud. tit. 52.*

(c) *Tom. 2. pag. 1322. lit. A.*

causa, ne aveva a seguire, che 'l fine del divieto fosse, *ne imperii, vel Dominorum minueretur utilitas*. Or chi è, che non vegga, che come nella locazione di nove anni, così nella locazione di dieci, e più, nè la causa, nè 'l fine della Costituzion di Lotario ha luogo? Per qualunque tempo diasi a fitto il feudo, non ne perde il feudatario nè 'l dominio, nè la rendita. La stessa causa, e lo stesso fine espresse poi l'Imp. Federigo, dicendo (*a*), che per le alienazioni de' feudi, *Principes debita servitia amittebant, & honor Imperii minuebatur*.

6 Per quel che si appartiene alle Leggi feudali del nostro Regno, sono ancora per esse vietati i soli atti di vera alienazione. Due ne' Libri delle Costituzioni ne abbiamo dintorno a ciò, l'una del Re Ruggiero, l'altra dell' Imp. Federigo II. Le parole della prima sono (*b*): *Quicumque de Regalibus nostris magnum, vel parvum quid tenet, nullo modo, nullo ingenio possit ad nostra Regalia pertinens alienare, donare, vel vendere in totum, vel in partem minuere, unde jura nostra Regalia minuantur, aut subtrahantur, aut damnum aliquod patiantur*. Le parole della seconda, sono (*c*): *Decernimus, omnes alienationes, seu quoscumque contractus super feudis, & rebus feudalibus minuendis, aut commutandis, nullam omnino firmitatem habere, nisi de speciali nostrae Celsitudinis licentia confirmentur. Transactiones etiam, si quae super eis sine mandato nostrae Curiae factae fuerint... nullius decernimus esse momenti*. Parlasi in questa, ed in quella di donare, di vendere, di diminuire, di commutare, di transigere, e ge-

(a) *Const.* Imperialem *de prob. feudi alienat. per Frideric. lib. 2. feud. tit. 55.*

(b) *Const.* scire volumus *de jurib. rer. regal.*

(c) *Const.* Constitutionem Divae memoriae *de revoc. feud.*

generalmente di alienare, cioè di trasferire in altrui dominio, od altro jus *in re*: ed è da notare, che nella Costituzion di Ruggiero precede la voce generale *alienare*, e spiegasi poi per le susseguenti voci *donare*, *vendere*, *minuere*, significanti atti di vera e propria alienazione: e più chiaramente nella Costituzion di Federigo la parola *alienationes*, che ancora precede, restringesi a' soli contratti *super feudis minuendis, aut commutandis*: qual di certo non è 'l contratto della locazione. Si aggiunge, ch' essendo la locazione espressamente permessa dal jus feudale comune, e non essendo dalle Leggi feudali del Regno espressamente vietata, si ha come permessa dalle Leggi ancora del Regno; concioſiachè dove nulla dicono le Leggi feudali del Regno, per certa ed indubita regola d'interpetrazione, sia da ricorrere al jus feudale comune. Nè da quel, che soggiungesi nella Costituzion di Federigo, *Excadentias autem Baronibus, & militibus locare permittimus*, si può col Bilotta (a) dedurre, che, permettendosi la locazione nelle sole *scadenze*, sia da intendere vietata ne' feudi; poichè primieramente se l'argomento valesse, ne seguirebbe, che, come qualunque locazione di qualunque tempo nelle *scadenze* è permessa, così qualunque locazione di qualunque tempo fosse vietata ne' feudi: e pure ne' feudi non altra locazione si vuol vietata, che la locazione di tempo lungo, cioè di dieci anni: secondamente dopo le parole, *locare permittimus*, seguono queste altre, *dummodo sub eo annuo servitio, & redditu locentur, sub quo antiquo locari consueverunt, ita quod in nullo debitum servitium, vel redditus minuatur*: per le quali chiaramente si mostra, che 'l verbo *locare* è da intendere *improprie, & largiter*, come dice 7.

(a) *In conclus. feudal. concl.* 1. *num.* 4.

la Gloſa (*a*), cioè non nel ſignificato di una ſemplice locazione, in cui non può verificarſi nè l' obbligo, che s' impon quivi a' Baroni di concedere altrui le *ſcadenze ſub antiquo annuo ſervitio*, nè 'l timore, che *minuatur ſervitium debitum*: ma nel ſignificato di una dazione in enfiteuſi, e di una *infeudazione* delle *ſcadenze ſub antiquo annuo ſervitio*; e nota quì giudizioſamente la Gloſa (*b*), che come veniva dal jus feudale comune permeſſo a' Baroni, *Domino inſcia per feudum aliquem inveſtire*, purchè 'l faceſſero *ſincere & ſine fraude* (*c*), così venne poi per la Coſtituzion di Federigo permeſſo loro nelle ſole *ſcadenze*. Anche ne' libri del jus Romano ſi uſan talvolta i verbi *locare*, e *conducere* nel ſignificato di dare, e di ricevere in enfiteuſi (*d*).

8 Dunque colle Leggi feudali degl' Imperadori Lotario, e Federigo ſi conformaron del tutto le Leggi feudali del noſtro Regno: ſeguentemente vietaron le ſole vere e proprie alienazioni ſenza l' aſſenſo del Principe; e le vietarono per quel medeſimo fine, per cui le aveano vietate Lotario, e Federigo; che non altro, che 'l fine eſpreſſo da Lotario, e Federigo eſprimeſi per le parole del Re Ruggiero, *ne juvè Regalia minuantur, aut ſubtrahantur, aut damnum aliquod patiantur*; e per le parole dell' Imp. Federigo II, *ita quod in nullo debitum ſervitium minuantur*. Le ſole vere e proprie alienazioni poteano fare in quegli antichi tempi, che a diminuzione, ed a danno ſoggiaceſſero i dritti del Principe, e ſecondo la ragion de' tempi a noi più vicini, ſoggiacciono queſti a diminuzione, ed a danno nel ſolo caſo, che per

(a) *V. locare.*
(b) *Loc. cit.*
(c) *Lib. 1. feud. tit. 9. Qualiter olim pot. feud. alien.*
(d) *L. 1. & 3. ff. ſi ager vectig. vel emphyt. pet.*

per le vere e proprie alienazioni ſi muti, ſenzachè nulla ne ſappia il Principe, la perſona del feudatario pe' ſervigj, e pe' rilevj, che gli ſono dovuti, e per le devoluzioni, che poſſono accadere: per lo qual fine, ancora ſi dee l'aſſenſo regiſtrare ne' libri del Fiſco, e non regiſtrato dentro i tempi preſcritti, ſi ha per non dato: *Conſidero finem* (così 'l de Marinis (*a*)) *propter quem tam de jure communi feudorum, quam Regni hujus, ſtatutum eſt, ut in contractationibus feudorum, & jurium Regalium ſupremi Domini, requiratur aſſenſus: eſt enim finis, ut ſciat Dominus ſuum feudatarium, ſicque ut habeat de illo notitiam propter ſervitia, relevia, & devolutiones: ac proinde aſſenſus ſemper eſt regiſtrandus.* Al contrario, come per le locazioni di nove anni, così per le locazioni di dieci, e di qualunque altro tempo più lungo non ſi muta nè la perſona del feudatario, nè la ragion fiſcale per riſpetto de' ſervigj, de' rilevj, e delle devoluzioni.

A quel, che poi per ſoſtegno della oppoſta ſenten- 9
za volgarmente ſi dice, che la locazion di lungo tempo trasferiſce il jus *in re*, oſtano la natura del contratto della locazione, il jus del feudatario, e l'autorità de' più riſpettabili interpetri del jus Romano, e feudale. Secondo l'idea, che ſenza alcuna diſtinzion di tempi ci danno le Leggi della locazione, tanto è lontano, che ſi trasferiſca per eſſa nel conduttore il jus *in re*, che non acquiſta coſtui per eſſa nè meno il vero poſſeſſo. Queſto, 10
anche dopo la tradizione della coſa locata, ſi ritiene dal locatore, a di cui nome poſſiede il conduttore, e perciò di coſtui è ſcritto appreſſo Ulpiano (*b*), che *eſt in poſſeſſione*, ma *non poſſidet*: e quando diceſi, che 'l

(a) *Reſol. lib.* 2. *cap.* 31. *num.* 14.
(b) *L. officium* 9. *de rei vind.*

conduttore poſſiede, men propriamente ſi dice (*a*): e ciò
11 tanto è vero, che migliore della condizion del conduttore è la condizione del creditore pignoratizio. Coſtui, dice il Fabro (*b*), *ſibi, non debitori poſſidet*: colui *in poſſeſſione tantum eſt fruendi dumtaxat gratia, eoque nomine praeſtat penſionem domino, qui per eam penſionis perceptionem non tantum rei ſuae poſſeſſionem retinere, ſed etiam re ipſa frui intelligitur, L. non utitur* 38. *cum ſeq. ff. de uſufr.*: e pure non ci è chi poſſa pretendere, che 'l creditore pignoratizio, ſtando per x. anni nel poſſeſſo del pegno, ne acquiſti il dominio utile. Dunque la ſola percezion de' frutti ſi trasferiſce nel conduttore: onde il jus, che coſtui acquiſta, ſpiegaſi da' giuriſconſulti Roma-
12 ni o col verbo *uti*, o col verbo *frui* (*c*). Or il jus su i frutti, è del tutto diverſo dal jus *in re*, cioè ſul cor-
13 po del fondo. In fatti il nuovo padrone, tuttochè finito non ſia il tempo della locazione, può, ſe vuole, eſpellere il conduttore (*d*); ma ſe ci è l' ipoteca del fondo, non gli ſi permette di eſpellerlo. Il jus su i frutti, che per la locazione acquiſta il conduttore, non
14 baſta a difenderlo. Ci è uopo del jus ſul corpo del fondo, onde naſce per Legge il jus della ritenzione: e coteſto jus dalla ipoteca, per cui ſi acquiſta il jus *in re*, non dalla locazione gli viene (*e*). E qual coſa è più ſconcia ad udire di quel comun detto, che la locazione di anni nove è locazione, non alienazione, e trasferiſce

nel

(a) *Cujac. Obſ. lib.* 9. *cap.* 33.

(b) *De error. Pragm. dec.* 100. *er.* 5.

(c) *L. ſi quis domum* 9. *pr. & §.* 1. *L. ex conducto* 15. *pr. L. ſi in lege* 24. *§.* 4., *& L. habitatores* 27. *pr. ff. locat.*

(d) *L. emtorem* 9. *C. de locat. & conduct.*

(e) *V. Brunneman. in cit. L.* 9.

nel conduttore il ſemplice jus su i frutti, nol jus *in re:* quandochè poi ai nove ſi aggiunga un altro anno, muta natura, e diventa alienazione? Quando mai le Leggi han data al tempo la forza di trasformare i contratti? Di sì ſtrane trasformazioni non ci ha eſempio ne' libri del jus Romano. Per queſto graviſſimo argomento, deriſe il Connano la contraria volgar ſentenza, ſcrivendo (*a*): *Noſtri non modicum id eſſe opinantur, quod non eſt decennio minus: ex quo concludunt, quemcumque decem annorum conductorem domini inſtar eſſe, & habere facultatem agendi ad rem, quaſi vero ſolius temporis ſpatium hoc juris tribuat . . . . . In tempore, quantumvis magno, non ſatis eſt auctoritatis ad transmittendam dominii utilitatem.* Di queſto iſteſſo argomento ſi valſe il Fabro, deridendo anch' eſſo la contraria dottrina, e 'l confermò riflettendo, che ſe per Legge non baſta il tempo ad indurre l'obbligazion perſonale, la quale più facilmente s' induce, che ſi acquiſta il dominio; molto men può baſtare a trasferire il jus *in re*. *Si tempus* [ſcrive il Fabro (*b*)] *per ſe non eſt modus tollendae, aut inducendae obligationis perſonalis, L. obligationum* 44. §. *placet de obl. & act., quanto minus poterit eſſe modus per ſe adquirendi, vel amittendi dominii?* Di Giacomo Cujacio ci è chi crede, che aveſſe poſta nel ſolo tempo la differenza tra la locazione, e l' enfiteuſi, inſegnando eſſer locazione, ſe 'l tempo ſia di cinque anni al più; ed enfiteuſi, ſe ai cinque qualche altro anno ſi aggiunga. Così di lui crede il Vinnio, e ne 'l riprende (*c*): *Sane non eſt aſſentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quae luſtrum egrediuntur, conſtituere jus emphyſeu-*

15 16

(a) *Comment. jur. civ. lib. 7. cap. 12. num. 4.*
(b) *Loc. cit.*
(c) *In §. 3. Inſt. de locat. num. 4.*

teuticarium; abſurdum enim eſt, ei, qui ad ſex, aut ſeptem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti poſſidetis, jus alienandi, ſervitutem imponendi, & novum opus nunciandi: quae omnia emphyteutis conceſſa eſſe, conſtat. Ma di sì ſconcia e sì ſtrana opinione non è ſtato mai autore il Cujacio, e 'l moſtrerò io più giù. Che poi non abbian mai le Romane Leggi data al tempo la forza di trasformare la locazione in alienazione, ſi prova ancora per un altro argomento tratto dal verisimile. In niuna delle tante parti del Corpo del jus civile, nelle quali della locazione ſi parla, ſi fa mai alcun motto della differenza tra la locazione di nove anni, e la locazione di dieci: e non è da credere in alcun modo; che vi ſi foſſe coſtantemente taciuta coſa tanto importante. Per quell'altro non men grave argomento deriſe ancora il Pinelli la contraria dottrina: *In longo* [e' dice (*a*)] *exactoque tractatu de locato, nec Juriſconſulti, nec Imperatores eam temporis differentiam tradiderunt; imo omnem locationem, quod ad tempus attinet, aequare videntur; ſi enim talis differentia vera eſſet, a juris conditoribus omitti non debuit.* E non ſolo, dove ſi parlò della locazione, coteſta ſognata differenza ſi omiſe; ma dove ſi parlò degli atti compreſi ſotto il divieto dell' alienazione, non ſi parlò della locazione di
17 dieci, e più anni. L' Imp. Giuſtiniano, perchè più non ſi diſputaſſe, ſe 'l tale, o 'l tale atto foſſe, o non foſſe compreſo ſotto il divieto di alienare, in una ſua Coſtituzione (*b*) dichiarò, che 'l divieto di alienare fatto o dalla Legge, o dall' uomo oltre gli atti, onde propriamente ſi trasferiſce il dominio, ſi eſtende alla ipoteca, alla coſtituzione delle ſervitù, ed alla enfiteuſi. Era co-

teſto

(a) *In L. 1. C. de bon. mat. part. 3. num. 66. in fine.*
(b) *L. ult. C. de reb. alien. non alien.*

teſto il luogo, in cui ſarebbeſi dovuto parlare della locazion di dieci anni, ſe ſi aveſſe avuta per alienazione; tanto più, che parlavaſi dell' enfiteuſi, che la ſimiglia: e pure non ſe ne fece alcun motto. E come ſe ne aveva a far motto, ſe la differenza tra la locazione di nove, e la locazione di dieci anni ne' libri del jus Romano chiaramente ſi eſclude? In due luoghi delle Pandette (*a*) 18
parlano Giuliano, e Labeone d' una locazione *in plures annos* [cioè oltre i cinque anni, ch' era appreſſo i Romani il ſolito tempo degli affitti de' fondi così pubblici, come privati (*b*): e tuttochè quel tempo indefinito di *più anni* comprendeſſe ancora il decennio, come di ſemplice locazione ne parlano. In un terzo (*c*) parla Giavoleno d' una locazione *in annos decem*, e ne parla ancora come di ſemplice locazione.

In quanto al jus del feudatario ſul feudo, è da no- 19
tare, che due diritti ha coſtui, l' uno ſul corpo del feudo, il quale è diritto di proprietà, l' altro su i frutti. Il primo dipende in guiſa dal ſupremo diritto del Principe, che non può 'l feudatario ſenza l' aſſenſo del Principe trasferirlo in altrui: del ſecondo può 'l feudatario uſare, come ne uſerebbe il Principe iſteſſo: e la ragion della differenza è queſta, perchè 'l primo diritto riguarda il corpo del feudo, ch' è feudale: il ſecondo riguarda i 20
frutti, che o ſeparati, o pendenti ſono burgenſatici. Contentomi di traſcrivere un ſolo luogo del dotto Struvio, che ha coteſto punto meglio, che altri, trattato.

Il

(a) *L. qui fundum* 30., *& L. quum in plures* 60. *ff. locat.*

(b) *V. Cujac. in tit. ff. ſi ag. vectig. pet. tom.* 7. *p.* 377. *edit. Neap., & Briſſon. de verb. ſignif. v.* inſtrum.

(c) *L. fundi partem* 79. *de contrab. emt.*

Il luogo è questo (*a*): *Ad plenissimam fructuum perceptionem spectat, quod vassallus non solum queat locare feudum, vel alio modo jus percipiendi fructus ex feudo alteri concedere, sed etiam commoditatem feudi pignori dare, vel hypothecam in ea constituere, & inde potest quoque immissio in feudum ratione fructuum fieri; ratione fructuum enim se habet vasallus, ut alius dominus, ideoque non solum ipse fructus percipere potest, sed etiam quavis ratione de fructibus disponere: quod de fructibus separatis, ac redditibus perceptis facile constat, siquidem isti non sunt res feudales, sed allodiales, Schelt. ad Mod. Pistor. 3. quaest. 120. n. 18. Vultej. de feud. cap. 10. num. 75. De fructibus autem nascituris, seu jure percipiendi fructus pendentes, aliaque emolumenta ex feudo, an idem dicendum sit, dubitat Vultejus num. 76. Verum & hos fructus liberae dispositioni vasalli subjacere, recte COMMUNITER interpretes statuunt.*

Che può ora valere la contraria autorità della più gran parte de' Dottori? E se tutti, senza contraddetto di alcuno, insegnassero esser la locazione di luogo tempo un modo da trasferire il jus *in re*, che potrebbe l' autorità loro valere contra le chiare ed espresse disposizioni delle Leggi? Ma non tutti insegnan così: e se per la sola autorità de' Dottori si avesse la presente causa a decidere, pur dovrebbe cedere il maggior numero alla maggiore autorità di coloro, da' quali il contrario
21 s'insegna. S'insegna il contrario, secondochè si è detto, dal Connano, dal Fabro, e dal Pinelli: il contrario s' insegna dal Cumano, e dal Rittersusio, le cui parole non ho pronte, ma se ne citano i luoghi dall' Amaya (*b*), e dallo Struvio (*c*): e 'l contrario finalmente s' insegna.

(a) *Syntagm. jur. feud. cap.* 12. §. 7. *num.* 1. & 2.
(b) *In L. un. C. de vend. rer. fisc. lib.* 10. *num.* 50.
(c) *In cit.* §. 7. *num.* 2.

ſegna da Fr. Accurſio, da Anton Matteo, dal Perezio, dal Vinnio, dall' Amaya, dal Gonzalez, e dai tre moderni dottiſſimi interpetri del jus feudale Giorgio Adamo Struvio, Samuele Strikio, e Giuſeppe Leopoldo Roth. Scrive Accurſio (*a*): *Si quis alienare prohibitus locet in centum annos, vel mille, non alienat.* Scrive Anton Matteo (*b*): *Locatio, conductio, in perpetuum contrahi poteſt, nec propterea in empyteuſim tranſit, L. viam C. de locat. L. qui fundum* 32. *ff. eod.... Locatio nec dominium mutat, L. non ſolet* 39. *ff. eod., nec poſſeſſionem, L. ſi quis* 10. §. 1. *L. quod meo* 18. *ff. de adq. poſſ.: quum vero conductor poſſidere dicitur, L.* 23. *&* 25. *C. eod., loquutio eſt impropria.* Scrive il Perezio (*c*): *Recipit locatio tempus, & conditionem. Tempus vel eſt breve, vel longum: breve, quod non extenditur ad decennium: longum, ſi in decennium, vel ultra porrigatur: quo genere locationis in conductorem praedii dominium non transferri, manifeſti juris eſt.* Scrive il Vinnio (*d*): *Locatio, quantivis temporis, non eſt modus transferendi dominii, L. non ſolet* 39. *ff. locat.* Scrive Fr. Amaya (*e*): *Falſum eſt, ex locatione longa transferri dominium utile: quam doctrinam Pragmatici contra juriſprudentiam veram invexerunt, quum nulla differentia ſit inter locationem ad longum tempus, vel ad breve.* Scrive il Gonzalez (*f*): *Verum eſt, nec ex locatione ad modicum tempus, nec ad longum facta, dominium*

(a) *In L. Lucius* 88. §. *inſtituto* 15. *de leg.* 2. *v.* non extitiſſe, *lit. o.*

(b) *Colleg. jur. diſp.* 25. *n.* 5. *&* 6.

(c) *In tit. C. de locat. num.* 15.

(d) *Loc. cit. num.* 3.

(e) *Loc. cit.*

(f) *In cap.* ad audientiam 9. *de reb. Eccl. non alien. num.* 1.

aliquod in conductorem transferri: nec contrarium probant textus ſupra expenſi, qui loquuntur, & procedunt in emphyteuſi, ex qua dominium utile transfertur. Ma ne' tempi a noi più vicini con molto maggior franchezza, anzi come ſe la contraria ſentenza non ci foſſe mai ſtata, lo ſteſſo inſegnano lo Struvio, lo Strikio, e 'l Roth: e parlano eſſi della locazion de' feudi, che per lungo tempo ſi faccia ſenza l'aſſenſo del Principe. Scrive il primo (a): *Locationem, quod ſpectat, forte res dubio caret, quia loco fructuum vaſallus percipit mercedem, & per locationem nullum jus in re in alium transfertur: quae ratio obtinet, ſive ad breve, ſive ad longum tempus locatio ineatur.* Scrive il ſecondo (b): *Poteſtne vaſallus feudum locare? Adfirm., quia non eſt alienatio, L. 39. ff. locat., niſi ſit fraudulenta. Quid ſi ad longum tempus ſit facta locatio? Nihilominus valet, quia d. L. 39. generaliter loquitur.* Scrive il terzo (c): *Poteſtne vaſallus beneficium locare? Reſp. quod ita, per locationem enim nullum transfertur dominium, L. 39. ff. locat., niſi eſſet fraudulenta, ſi palam locetur, & clam vendatur. Quid ſi ad longum tempus facta locatio? Reſp. valet locatio, quia per locationem nunquam transfertur dominium.*

22 A confermazione di tutto ciò, che ſi è detto, ſcoprasi l' origine dell' errore, in cui ſono tanti, e tanti Dottori vergognoſamente caduti. L'origine è ſtata non altra, che una prava interpetrazione di alcuni luoghi del jus Canonico, e di alcuni altri del jus Civile. In una Decretale di P. Celeſtino III. (d) ſi legge: *Ad audientiam noſtram noveris perveniſſe, quod quidam de Canonicis Exonen-*

(a) *Loc. cit.*
(b) *Exam. jur. feud. cap. 19. num. 18. & 19.*
(c) *Pandect. feudal. cap. 19. q. 18. & 19.*
(d) *Cap.* ad audientiam *9. de reb. Eccl. non alien.*

nenſis Eccleſiae, quaedam praedia ejusdem Eccleſiae, inconſultis aliis fratribus, in damnum ejus in perpetuum locaverunt: ideoque mandamus, quatenus, ſi verum eſt, quod adſeritur, locationes illas legitime revocare curetis. In queſta Decretale ſi è comunemente creduto contenerſi il divieto della locazione di tempo lungo, cioè di dieci anni, come di quella, che ſi ha per alienazione (*a*); quandochè quell'*in perpetuum locaverunt*, è da intenderſi non della ſemplice locazione, che ne' libri della Legge non ſi ſpiega mai colla giunta della voce *in perpetuum*, ma certamente è da intenderſi dell'enfiteuſi, della quale, comecchè per iſpezial convenzione poſſa reſtringerſi a certo e determinato tempo, nondimeno, perchè 'l jus dell' enfiteuta, *natura ſua perpetuarium eſt*, come il Vinnio ſcrive (*b*), non altra idea ci ſi dà, che di una *perpetua* locazione (*c*). E che P. Celeſtino III. dell'enfiteuſi parlaſſe, provaſi per un argomento, contra cui non ci è riſpoſta, che vaglia. I modi di dire, che uſa P. Celeſtino, ci fanno intendere, ch'e' non fa quivi un divieto del tutto nuovo, ma riprova una locazion perpetua, come un' alienazion fatta contr' al divieto degli antichi Canoni: e i Canoni più antichi di Celeſtino, ſotto la voce *alienazione*, comprendeano *emphyteuſim perpetuum contractum* (*d*), non già la locazione. Primamente nell'anno 1311. P. Clemente V. vietò la locazione di tempo lungo (*e*), la quale ſino a' tempi di P. Paolo II. 23 24

(a) *V. Gonzalez in cit. cap. 9.*

(b) *In cit. §. 3. not. 1.*

(c) *L. 1. ſi ager vectig. vel emphyt.*, *L. 1. C. de off. Com. Sacr. Palat.*, *L. 1. & 3. Cod. de locat. praed. civ. lib. 11*, *& cit. §. 3. Inſt.*

(d) *Cap.* nulli 5. *eod. tit.*

(e) *Clem.* Monaſteriorum, *cap. 1. de reb. Eccl. non alien.*

fu dagl' interpetri inteſa per quella, che faceaſi per anni dieci, e cominciò poi per una Coſtituzione di P. Paolo (*a*) ad intenderſi per quella, che ſi faceſſe oltre i tre
25 anni. Così dagli antichi interpetri delle Decretali primamente s' inſegnò, che la locazione di dieci anni foſſe alienazione; e ſucceſſivamente i Feudiſti, per argomento tratto da' beni della Chieſa a' feudi, ebbero per alienazion de' feudi la locazione, che ſe ne faceſſe per dieci anni, abuſando così del jus Canonico, e del jus feuda-
26 le. La ragion, per cui il jus Canonico vietò la locazione di lungo tempo, non fu perchè l'ebbe per alienazione, che trasferiſſe il dominio utile; ma perchè temè, che lo ſtare per lungo tempo i fondi della Chieſa in mano de' conduttori ſenzachè poteſſero torſi loro di mano, non tornaſſe in di lei danno, caſochè nel corſo di sì lungo tempo ne creſceſſe il fitto: onde per quella utilità, che avea data cauſa al divieto della vera alienazione, l' eſteſe ancora alla locazione di tempo lungo, come ad un contratto del tutto diverſo, il quale, ſebbene non trasferiſſe quel jus *in re*, che la vera alienazion trasferiva, nondimeno riuſcir potea dannoſo alla
27 Chieſa. Così ſono da ſporre i ſuddetti luoghi del jus Canonico: e così gli ſpone il dotto Fr. Amaya, il quale, dopo di aver convinti di manifeſtiſſimo errore coloro, che han per alienazione la locazione di tempo lungo, all' argomento tratto dal jus Canonico, riſponde così (*b*): *Non obſtat Clem. 1. de reb. Eccl. non alien., ubi, ſub nomine alienationis continetur locatio ad longum tempus; nam non comprehenditur proprio nomine, ſed ex extenſione legis... quum poſſet evenire, ut ſi res Eccleſiae ad longum tempus non eſſet locata, utilior eſſet Eccleſiae.* La ſpoſi-

zio-

(a) *Extrav. ambitioſae lib. 3. Extrav. comm. tit. 4.*
(b) *In cit. L. un. num. 56.*

zione, e la riſpoſta dell'Amaya, ritiene ancora il Gonzalez (*a*): ed io la confermo per la ſoppraccitata Coſtituzione di P. Paolo II, che vietò la locazione de' beni della Chieſa oltre i tre anni. Se l'aveſſe vietata come 28
alienazione, ne ſeguirebbe, che la locazione, perchè vera locazion foſſe, ſi avrebbe a fare infra il triennio; e che fatta per tre anni, ed un meſe, trasferirebbe il dominio utile nel conduttore: e per argomento tratto da' beni della Chieſa a' feudi, lo ſteſſo della locazion de' feudi ſarebbe ancora da dire: e della locazion de' feudi qualche forenſe l'ha detto (*b*). Ma chi è, che, udendo coſa coranto ſtrana, poſſa tener le riſa? Fu dunque la diſpoſizione del jus Canonico una eſtenſion del divieto da un contratto ad un altro del tutto diverſo in quanto al genere, ed in quanto all'effetto: eſtenſione non fatta dal jus feudale. Come poi può trarſi argomento da' beni della Chieſa a' feudi, quandochè molto diverſa è la ragion de' primi dalla ragion de' ſecondi? Che ſe dubbia pur foſſe la diſpoſizione del jus feudale, ſecondo le regole del jus Civile, non del jus Canonico, ſarebbe da interpetrarſi: e ſi è già provato, che ſecondo il jus Civile la locazione di tempo lungo non va compreſa ſotto il divieto dell'alienazione.

E pure (chi 'l crederebbe?) per difendere il comun 29
errore, ricorrono alcuni al jus Civile. In tre luoghi poſti ſotto il titolo delle Pandette, *Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur*, ſi legge (*c*): *Agri Civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id eſt hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipſis, qui conduxerint, ne-*

(a) *In cit. cap. 9. num. 1. in fine.*
(b) *De Luca ad de Marin. reſol. lib. 2. cap. 31. num. 11.*
(c) *L. 1. eod.*

neque bis, qui in locum eorum ſucceſſerunt, auferri eos liceat. (Forſe han mutato luogo per colpa de' copiſti le voci *tamdiu*, e *quamdiu*, e queſta è da porſi, ov'è quella. Di sì fatte mutazioni ci ha, dopo A. Agoſtino, dati più eſempj il Bynkershoek (*a*)): *Non vectigales ſunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros noſtros colendos dare ſolemus. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adverſus quemvis poſſeſſorem, ſed & adverſus ipſos municipes (b); ita tamen ſi vectigal ſolvant (c). Idem eſt, & ſi ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum ſit.* Parlaſi della locazion perpetua de' fondi delle Città, e diceſi, che per eſſe ſi acquiſta a' conduttori l' azione *in rem*: indi ſoggiungeſi eſſer da dire lo ſteſſo delle locazioni *ad tempus*, *Idem eſt & ſi ad tempus habuerint conductum*: dove quell' *ad tempus*, è da intenderſi, come ſe ſi foſſe ſcritto *ad tempus non modicum*: la quale
30 interpetrazione ſi appoggia in quel, che del ſuperficiario dice Ulpiano (*d*), che ſebbene regolarmente gli ſi neghi l'azione *in rem*, nondimeno, *cauſa cognita, ei, qui non ad modicum tempus conduxit ſuperficiem, in rem actio competet*. Ecco (e' dicono) ſi dà l' azion reale, naſcente dal jus *in re*, non ſolo a' conduttori perpetui, ma ancora a' conduttori di tempo *non breve*; cioè, come eſſi l' interpetrano, di dieci anni.

31 Forſe men tollerabile dell' abuſo fatto del jus Canonico è l'abuſo, ch'e' fanno del jus Civile, interpetrandolo a coteſto modo. Ne' traſcritti luoghi parlaſi de' fondi *vettigali*, cioè de' fondi *enfiteuticarj*: e non ce ne

fa

(a) *Obſ. lib. 1. cap. 11., lib. 2. cap. 9., lib. 3. cap. 5. &c.*
(b) *L. 2. eod.*
(c) *L. 3. eod.* (d) *L. 1. §. 3. ff. de ſuperfic.*

ſa dubitare il titolo, *Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur:* dove, ſe quel *vel* tanto valeſſe, quanto *id eſt*, come, dopo Fr. Accurſio, volle il Cujacio (*a*), ſinonimi ſarebbero *vectigalis* ed *emphyteuticarius:* ſe poi foſſe, qual'è 'l più delle volte, una particella alternativa, come piacque al Fabro (*b*), per la voce *vectigalis*, ſpiegherebbeſi l'enfiteuſi de' fondi pubblici, e per la voce *emphyteuticarius*, l'enfiteuſi de' fondi privati: la qual differenza non riguarda la ſuſtanza. Comunque ſtia la coſa, è certo, che l'azione *in rem* ſi fa naſcere dall'enfiteuſi, non dalla ſemplice locazione, di cui non ſi tratta ſotto quel titolo: e come la clauſola *in perpetuum*, così la clauſola *ad tempus* alla enfiteuſi, non alla locazione ſi riferiſce: onde quando per argomento tratto da quel, che del ſuperficiario ſcrive Ulpiano, ſi aveſſe la parola *ad tempus* da intendere del tempo *non lungo*, nè men tornerebbe bene nel caſo noſtro; poichè già ſi è 32
detto, che ſebbene il jus dell'enfiteuta, ſecondo la natura dell'enfiteuſi, ſia perpetuo, nondimeno può per convenzione reſtringerſi a certo tempo. In fatti, citando il Vinnio lo ſteſſo luogo di Ulpiano, inteſe anch'eſſo la parola *ad tempus* del tempo *non breve;* ma all'enfiteuſi, non alla locazione la riferì (*c*): *Jus emphyteuticum, jus perpetuarium appellatur, L. 1. C. de off. Com. ſac. Palat., & emphyteutae perpetuarii conductores, L. 1. & 3. C. de locat. praed. civ. lib. 11., quamquam hoc jus etiam ad tempus conſtitui poteſt, dum ne id modicum ſit, L. ult. ſi ag. vectig. L. 1. §. 3. de ſuperfic.* E pure anche nell'enfiteuſi di 33
tempo certo non è neceſſario, che quel *tempus non modicum* ſia almen di dieci anni. Tuttochè ſia di nove,

o di

(a) *In cit. tit. ff. ſi ager vect. tom. 7. p. 376.*
(b) *In cit. tit. ff.*
(c) *In cit. §. 3. num. 2.*

o di otto, eſſer può vera enfiteuſi, e trasferirſi per eſſa il jus *in re*, ſe tal ſia la mente de' contraenti. Quel Vinnio iſteſſo, che del tempo dell'enfiteuſi ſcriſſe, *dum ne id modicum ſit*, immediatamente ſoggiunſe, *caeterum, ut emphyteuſis conſtituta cenſeatur, id non aeſtimandum eſt ex tempore, ſed ex ipſa conventione, & ex eo quod actum eſt*. E queſto è 'l luogo da dimoſtrare, non eſſer vero quel, che del Cujacio il Vinnio credè, cioè, che aveſſe poſta nel ſolo tempo la differenza tra la locazio-
34 ne, e l' enfiteuſi. Spiegando il Cujacio quel teſto di Ulpiano (*a*): *Cauſſa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit ſuperficiem, in rem actio competet*, ſcrive (*b*): *Cauſſa cognita danda eſt actio haec; nec enim dabitur ex locatione nuda, & ſimplici, ſed ex cauſſa tantum, quae jus conductori tribuit & conſtituit: & ſi quidem locatio fuit in modicum tempus, puta in quinquennium, videtur fuiſſe locatio & conductio nuda ac ſimplex, ſive vulgaris; ſolebant enim locationes fieri in quinquennium.... at locationes, quibus conceditur conductori, & conſtituitur jus emphyteuticum, vel jus ſuperficiarium . . . fiunt in longius tempus, quam quinque annorum*. Queſte parole fecero credere al Vinnio, che aveſſe il Cujacio avuta per enfiteuſi la locazion fatta oltre i cinque anni. Ma ciò non dice il Cujacio. E primieramente, ſe nel ſolo tempo aveſſe egli poſta la differenza tra la locazione, e l' enfiteuſi, non avrebbe detto, *cauſſa cognita danda eſt actio haec*. Non ci è uopo di cognizion di cauſa, quando non aſſi a far altro, che contare gli anni. Secondamente dice il Cujacio, che, fatta la locazione per ſoli cinque anni, par che ſia una nuda e ſemplice locazione, *VIDETUR eſſe locatio nuda & ſimplex:*

non

(a) *In cit. L. 1. de ſuperfic.*
(b) *In cit. tit. ff. p. 377.*

non dice, che tal sia di certo: nè dice, che, facendosi oltre i cinque anni, sia certamente enfiteusi. Dice, che 'l solito appresso i Romani era, che le semplici locazioni si facessero per cinque anni, e l'enfiteusi per tempo più lungo: e da cotesto solito trae nel dubbio un argomento da credere verisimilmente, che avessero i contraenti voluto far piuttosto la locazione, che l'enfiteusi, o piuttosto l'enfiteusi, che la locazione: il quale argomento, comecchè sia acconciamente tratto dalla Romana giurisprudenza, ne' tempi nostri, non val per nulla, concioſiachè non sia appresso noi quel solito, ch' era appresso i Romani. Del rimanente non nega il Cujacio, esser principalmente da attendere quel che si è voluto da' contraenti: anzi ingenuamente confessa, che ben poteano, secondo il jus Romano, farsi le nude, e semplici locazioni per lungo tempo, ed indefinitamente oltre i cinque anni: *Poterat haec conductio simplex fieri in LONGUM tempus, sed sollemne tempus erat lustrum, sive quinquennium: atque ita in L. si in lege, §. ult. L. qui fundum, L. quum in plures 3. ff. loc. locare in PLURES annos, ideſt, in plures quam quinque.*

Ma niuno meglio del Fabro ha scoverto l'error di 35
coloro, che, pe' trascritti luoghi del jus Civile, han voluto provare, che la locazione di tempo lungo trasferisce il dominio utile nel conduttore. Riflette il Fabro, che nel sopraccitato titolo, *Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur*, dassi a' conduttori de' fondi vettigali, od enfiteuticarj l'azione *in rem*, quando si sono dati loro *hac lege, ut quamdiu pro his vectigal pendatur, tamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat:* il qual patto deve aver luogo non solo nella enfiteusi perpetua, ma in quella ancora, che si contrae a tempo certo, richiedendo così le susseguenti parole, *Idem est* ec., le

quali ſono ripetitive di tutte le precedenti. Coteſto patto fa, che 'l contratto ſia enfiteuſi, tuttochè 'l tempo ſia infra 'l decennio: e ſe coteſto patto mancaſſe, ſarebbe ſempre locazione, tuttochè 'l tempo foſſe di dieci, e più
36 anni. Più ſono i caſi, ne' quali può 'l ſemplice conduttore eſpellerſi, ancorchè paghi puntualmente il fitto (*a*), appunto perchè manca un tal patto; ma l'enfiteuta, in virtù di eſſo, acquiſta il jus *in re*, donde naſce il jus della *ritenzione*: e baſta, che paghi la penſione, perchè non poſſa mai torgliſi di mano il fondo. E coteſto iſteſſo patto come fa, che uom ſia enfiteuta, non ſemplice conduttore, così fa, che ſia ſuperficiario, non ſemplice conduttor della ſuperficie. Le parole del Fabro, ſono (*b*): *In locatione facta ad longum tempus, non minus decennio, aliud eſſe volunt magis communiter, ut ejusmodi locatio ſpecies quaedam ſit alienationis . . . Ratio unica, quam adferunt, illa eſt, quod per hujusmodi locationem transferatur jus in re, & utilis in rem actio conductori adquiratur ex L. ult. ff. ſi ager vectig. vel emphyt. pet., & L. 1. §. quod ait, ff. de ſuperfic. Quibus tamen locis non ſimpliciter de conductione agitur, quae facta ſit ad longum tempus, de qua nunc loquimur, ſed de fundo vectigali, vel emphyteuticario, vel ſuperficiario, qui locatus ſit vel in perpetuum, vel ſaltem ad non modicum tempus, non ſolum conſtituta certa penſione annua, ſed illa etiam lege adjecta, ut quamdiu vectigal, aut penſio ſolvetur, non poſſit dominus rem auferre conductori, ut ſcriptum eſt in L. 1. ff. ſi ager vectig., haec enim pactio illa eſt, quae jus in re, & in rem praebet conductori propter jus retentionis, quod ei tribuit, ut, invito etiam domino, poſſit rem ſibi retinere: quod in caeteris vulgaribus & ordinariis con-*

du-

(a) *L. aede 3. & L. emtorem 9. C. de locat.*
(b) *In cit. err. 5.*

ductionibus diverſum eſt. Ex qua L. 1. ſupplendum eſt, quod ſcribit Paulus in L. ideſt 74. ff. de rei vindic., ſuperficiarium eum eſſe, qui in alieno ſolo ſuperficiem ita habet, ut certam penſionem praeſtet, nimirum eò praeterea concurrente, ut quamdiu penſio praeſtabitur, auferri ei res a domino non poſſit: alioquin ſimplex erit conductor ſuperficiei, non etiam ſuperficiarius; accedit enim proxime jus ſuperficiei ad jus vectigale, aut emphyteuticum.

Ma ſia pur vero, eſſer la locazione di tempo lun- 37
go una vera alienazione. L'eſſere il corpo del feudo di *Ginoſa* ſottopoſto con Reale aſſenſo a majoraſco, fa, che la locazione, tuttochè fatta per anni dodici, non ſia di tempo lungo. Anche poſta la contraria volgar ſentenza, allora i dieci anni ſono tempo lungo, quando ſia certo il conduttore della durata della locazione per tutti quegli anni, ancorchè muoja nel corſo di eſſi il locatore: il che ben ſi verifica, ſe viene il ſucceſſore alla coſa locata colla ſola qualità ereditaria; non già ſe vi viene per diritto di propria vocazione: nel qual ſecondo caſo finiſce la locazione, come finiſce la vita del locatore: e può queſta finire nel primo anno dell' affitto. Trattò queſto punto Giannandrea di Giorgio, difendendo l' affitto di un uffizio fatto ſenza il Reale aſſenſo per anni quindeci: e 'l difeſe (*a*) per la ragione, che, ſebben ſi foſſe fatto per tempo lungo, nondimeno, perchè morto il locatore, non ſarebbe l' uffizio paſſato all' erede, non n' era certa quella sì lunga durata: *Aliud eſt locare ad longum tempus, & ab initio certum reddere conductorem pro toto tempore conductionis: aliud vero locare ad certum tempus, durante tamen vita locatoris; primo enim caſu transfertur utile dominium in conductorem, ſecundo vero non; nam licet quis poſſit vivere centum annis, po-*

(a) *Alleg. 5. num. 4.*

teſt etiam ſtatim mori, & propterea, ratione incertitudinis, non dicitur talis locatio ad longum tempus, & ex ea non transfertur jus in re, & conſequenter eſt valida abſque aſſenſu. E così avean prima inſegnato l' Iſernia, il Camerario, ed altri da lui citati.

38 Ma l' affitto del feudo di *Ginoſa* comprende ancora la giuridizione; e queſta nè per lungo, nè per breve tempo può darſi a fitto.

Così credè Camillo de' Medici, e ſi ſtudiò di perſuaderne il S. Conſiglio nella cauſa tra 'l Principe di Squillace, e Franceſco Pitera (*a*): ma teſtimonia il de Marinis (*b*), *contra ſcripta per Camillum de Medicis fuiſſe per S. Conſilium deciſum, nimirum, ut in locatione feudi cum jurisdictione, & vaſallis, nullatenus Regius requiratur aſſenſus*. Per molti, e gravi argomenti, acconciamente tratti dal jus Civile, e feudale, moſtrò falſa il de Marinis l'opinione di Camillo de' Medici: e coſa molto agevole mi ſarebbe recargli in mezzo. Ma non ce n'è uopo per una circoſtanza di fatto, che trovo nell' iſtrumento dell' affitto, cioè, che doveſſe il Marcheſe *dare in mano de' conduttori le lettere patentali di proprio pugno firmate*. A' conduttori ſi dà la ſola ſcelta degli Uffiziali di giuſtizia: e queſta non è atto di giuridizione. Al contrario, atto di giuridizione è la ſoſcrizione delle patenti, per la quale la giuridizione ſi conferiſce. Dunque non altro, che 'l frutto della giuridizione fu compreſo nell' affitto: e coteſto ſi volle dire per quelle parole, che leggonſi nel fine dell' iſtrumento, che doveſſero i conduttori *uſufruttuare i corpi locati, e la giuridizione come affittatori uſufruttuarj, non proprietarj*.

CA-

(a) *Conſil.* 147.
(b) *In cit. cap.* 31. *num.* 18.

CAPO II.

L' iſtrumento d' affitto del dì 3. del meſe di Aprile dell' anno 1764, è munito di R. aſſenſo.

SI paſſi ora dal jus al fatto. Il fatto è, che nel caſo noſtro il Reale aſſenſo non manca. Nel meſe di Gennajo del paſſato anno 1768. D. Eleuterio Amatulli, ſponendo fedelmente alla M. del Re nella ſua Real Camera di S. Chiara il tenore dell' iſtrumento d' affitto, chieſe il R. aſſenſo, ed inteſo l' Avvocato Fiſcale del Real patrimonio, nel dì 26. dello ſteſſo meſe di Gennajo, l' ottenne.

Per non far valere coteſto aſſenſo, due coſe dice il dotto Contraddittore. L' una è, che prima del dì dell' aſſenſo, eraſi dal Marcheſe già rivocato l' affitto, ed iſtituito il giudizio della *rivoca*: l' altra è, che l' aſſenſo fu chieſto dal ſolo Amatulli, non da tutti e tre i conduttori, ed al ſolo Amatulli fu dato: *Volumus, quod praeſens noſter Regalis adſenſus expeditus ad inſtantiam D. Eleuterii Amatulli pro affictu eidem facto, non regiſtretur, niſi* ec.: dove le parole, *pro affictu EIDEM facto*, reſtringono l' aſſenſo alla perſona del ſolo Amatulli: e ſi sa, ch' eſſendo l' aſſenſo di ſtrettiſſima interpetrazione, non ſi eſtende da perſona a perſona.

Agevoliſſime ſono le riſpoſte. Alla prima coſa ri- 39
ſpondo, che, ſebbene l' iſtrumento della *rivoca* dell' affitto ſia del dì 5. del meſe di Gennajo, e la ſupplica del Marcheſe ſi vegga commeſſa al Signor Conſultore D. Domenico Penſabene nel dì 16, nondimeno furono notificate le provviſioni al Palatraſio, ed al Sangiorgio

nel

nel dì 28. di quel meſe, ed all' Amatulli nel dì 4. del meſe di Febbrajo: e dal dì della notificazione incomincia la *rivoca* a valere, e prima ſi ha come non fatta. Così ſi legge in una delle noſtre Prammatiche (*a*): *Vogliamo, ed ordiniamo, che le rivocazioni de' contratti feudali in virtù della Coſtituzione di queſto Regno, quando ſi faranno dal venditore, o compratore, ſi debbano legittimamente notificare alle parti, e non abbiano forza nè valore alcuno, ſe non dal dì di d. notificazione.* Dunque per riſpetto del Palatraſio, e del Sangiorgio, avrebbe dovuto la *rivoca* incominciare a valere dal dì 28. del meſe di Gennajo, e per riſpetto dell'Amatulli dal dì 4. del meſe
40 di Febbrajo: e ſe ſi aveſſe a ſtare all' uſo, ſecondo cui ſi rivocano i contratti feudali per pubblico iſtrumento, e la copia dell' iſtrumento s' intima (*b*), non ſarebbe la *rivoca* incominciata ancora a valere, perchè non ancora ſi è intimata a' conduttori la copia dell' iſtrumento del dì 5. del meſe di Gennajo: ſeguentemente il Reale aſſenſo fu chieſto, e dato, primachè ſi foſſe dal Marcheſe rivocato l' affitto.

41 E non può giovare al Marcheſe de los Balbaſes quel, che ci laſciò ſcritto il Reggente Sanfelice (*c*), che nella cauſa tra 'l Giudice Gianluigi Catalano, ed Antonio di Fiore, trattata nel Collateral Conſiglio l' anno 1622; vale a dire 6. anni dopo la ſuddetta Prammatica, ſi ebbe per vero, valer la *rivoca* anche prima della notificazione, quando coſti, che ſe ne ſia avuta altronde la notizia, come, in quel caſo, dice il Sanfelice, che *conſtabat*. Non può, torno a dire, giovargli, perchè le parole della Prammatica, *ſi debbano* LEGITTI-

(a) *Pr.* 10. §. 75. *de off. judic.*
(b) *De Roſa conſult.* 14. *num.* 13.
(c) *Deciſ.* 105. *num.* 18.

TIMAMENTE NOTIFICARE, inducono la neceſſità della ſcienza giudiziaria, il cui difetto non può ſupplirſi per la ſcienza eſtragiudiziale, come non ſi ſuppliſce ne' decreti, e negli altri atti forenſi (*a*): e con ragione, perchè pari non è la forza dell' una, e dell' altra. Il compratore del feudo, per la notificazione della *rivoca*, acquiſta una ſcienza certa della ferma riſoluzione del venditore: al contrario, fino a tanto che non gli è notificata, tuttochè non ne poſſa dubitare, forſe, perchè 'l notajo gliene ha fatto leggere l' iſtrumento, ben può luſingarſi, che 'l venditore, mutando penſiero, più non ne uſi. Nè della oppoſta Deciſione del Collaterale abbiam noi da brigarci molto, nè poco. Si appoggiò queſta in altri più gravi motivi, che poſſon leggerſi nel Sanfelice. E poi contra la chiara ed eſpreſſa diſpoſizion della Legge, che può valere una ſola Deciſione, di cui non ſi è tenuto conto giammai? Il de Marinis (*b*), il de Roſa (*c*), e quanti dopo sì fatta Deciſione han trattato coteſto punto, della giudiziaria notificazione della rivoca han parlato ſecondo il diſpoſto della Prammatica. E ſe non una, ma cento e mille Deciſioni mi ſi opponeſſero, 42
che potrebbon valere? *Imperator Severus reſcripſit*, dice Calliſtrato (*d*), *in ambiguitatibus, quae ex Legibus proficiſcuntur, conſuetudinem, aut rerum perpetuo ſimiliter judicatarum auctoritatem, vim Legis obtinere debere*. Le coſe giudicate ſempre ad un modo hanno gran forza *in ambiguitatibus*; ma nulla vagliono, quando chiara è la Legge. Le parole della Prammatica: *Si debbano LEGITTIMAMENTE NOTIFICARE*, ſecondo il proprio e nativo

(a) *Coſta de facti ſcient. & ign. inſpect. 63. num. 13.*
(b) *Reſol. lib. 1. cap. 329. num. 20.*
(c) *Loc. cit.*
(d) *In L. 38. ff. de leg.*

tivo ſignificato, eſcludono la ſcienza privata avuta altronde; e sì chiaramente l'eſcludono, che non laſcian luogo a dubbio. Finalmente, nel caſo di quella Deciſione, dice il Sanfelice, che della ſcienza della *rivoca CONSTABAT;* cioè, che vi era negli atti pruova certa e ſicura. E qual certa e ſicura pruova ce n'è nel noſtro caſo? Se ne allegano lontani, e deboli ſoſpetti, che nulla conchiudono.

43 Alla ſeconda coſa riſpondo, che delle parole, *pro affictu EIDEM facto*, non è da far gran caſo, come di quelle, che non ſono parole del Principe. Le parole del Principe ſono quelle ſole: *Fiat in forma;* e ce ne aſſecura il noſtro Giuſeppe de Roſa (*a*): *Princeps, dum aſſentitur, nihil aliud reſcribit, niſi FIAT IN FORMA:* tutte le altre ſi aggiungono dagli Uffiziali della Cancelleria nel diſtender, ch'e' fanno il privilegio: e ſi aggiungono *non de certa Principis ſcientia, & voluntate*, come dice lo ſteſſo de Roſa. Or le parole, *Fiat in forma*, ſi riferiſcono alla petizione, ed alla iſtanza fatta in viſta della petizione dall'Avvocato del Real patrimonio: e perciò, dopo le parole, *fiat in forma*, ſeguono queſte altre, *ſervata forma inſtantiae R. fiſci:* ſeguentemente operano, che s'intenda dato l'aſſenſo ſecondo la petizione approvata, o moderata dalla iſtanza fiſcale: *Reſcripta*, dice il Gonzalez (*b*), *a petitionis forma effectum, & intellectum accipiunt*. E' dunque da por mente alla petizione, ed alla iſtanza del Fiſco. Per riſpetto della petizione, è vero, che al Re ricorſe il ſolo Amatulli; ma eſpreſſe egli il numero, e i nomi di tutti i conduttori: diſſe, che avean tutti e tre preſo l'affitto *in ſolidum*: eſpreſſe il tenore dell'iſtrumento; e finalmente diſſe, che

cor-

(a) *Conſult.* 12. *num.* 69.

(b) *In cap.* caeterum 3. *de reſcript. num.* 6.

correva il quarto anno dell' affitto, e gl' incombeva, che 'l rimanente tempo di d. affitto correſſe eziandio col beneplacito di S. M., e perciò del ſuo Real beneplacito la ſupplicava. Dunque l'Amatulli a comodo di tutti e tre i conduttori, e per la durata, e fermezza dell' affitto chieſe, ed ottenne l' aſſenſo; ed in conſeguenza fu queſto un aſſenſo reale, non perſonale. Ciò ſi conferma per l' iſtanza fiſcale: *Fiſcus remittit ſe cum conditione, ne locario, & hypotheca feudalis officiat R. Curiae* ec. La parola, *ne locatio*, chiaramente ci moſtra, che ſull' affitto ſi era chieſto, e ſull' affitto ſarebbe caduto l' aſſenſo. Ma baſta a trarci di qualunque dubbio il ſommario del privilegio. *V. M. concede il ſuo Reale aſſenſo all' introſcritto iſtrumento circa l' affitto del feudo della terra di Ginoſa per anni dodici, fatto ſin dall' anno 1764 dal Marcheſe de los Balbaſes in beneficio di D. Eleuterio Amatulli in ſolidum col Dot. Giuſeppantonio Palatraſio, e D. Nicola Maria Saingiorgio con tutti li corpi feudali, e burgenſatici, e coll' onnimoda giuridizione; ed a tutte le coſe contenute nell' introſcritto memoriale in forma Regalis Camerae S. Clarae*. L' uſo di coteſti ſommarj ſi è introdotto, per- 44
chè 'l Principe legga compendiata la ſupplica, ſenzachè abbia a durar la fatiga di leggerla intera: onde a ragione il Card. de Luca inſegnò (*a*), che ſecondo il tenor del ſommario è da intender la grazia: *Non leguntur per extenſum per Papam ſupplicationes, ſed in calce ſit breve ſummarium continens ſubſtantialia gratiae, ad quae Papa reſpicit, an concedi debeant nec ne: alia vero in corpore ſibi non innoteſcunt. . . . ideoque merito in Dataria inolevit ſtylus, quod gratiae ſive ſint ad ſupplicationem, ſive motu proprio, non attenduntur, niſi ad limites ſummarii.*

(a) *De Regal. diſc.* 201. *num.* 9. & 10.

CAPO III.

Insussistenti sono i motivi della società contratta co' Preti, e dell' abuso della giuridizione.

45 NOn perchè 'l Concilio generale di Calcedonia (*a*) minaccia di censure i Cherici, che tolgono a fitto gli altrui poderi: non perchè di pene pecuniarie gli minaccia una Novella dell' Imp. Giustiniano (*b*), ne segue, che per avere i conduttori del feudo di Ginosa contratta società con tre Preti, strettissimi loro congiunti, possa dal Marchese rivocarsi l'affitto: da quel Marchese, che ha ricevuti ben volentieri i pagamenti fattigli da que' tre Preti. Non ci è Dottore, cui sia venuto in mente, potersi per sì fatta società rivocare un affitto. Si aggiunge, che la società co' Preti si contrasse nell' istrumento del dì 8. del mese di Aprile dell' anno 1764, e si sciolse poi nel dì 4. del mese di Novembre
46 dell' anno 1765. emendandosi il mal fatto: e quandochè durasse ancora cotesta società, potrebbe al più pretendersi, che o nulla fosse, o si potesse rescindere (*c*), non già, che potesse rivocarsi l' affitto fatto in un diverso istrumento del dì 3. del mese di Aprile dell' anno 1764, al quale non intervenne alcuno di que' tre Preti, e del qual solo oggi si tratta.

Dell' abuso poi della giuridizione, qual pruova è ne-

(a) *Can.* 3.

(b) *Nov.* 123. *cap.* 6.

(c) *L. non dubium* 5. *C. de leg.* Vinn. *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 1.

negli atti? Si è prodotta una copia di un memoriale diretto al Re da quarantaquattro naturali di Ginosa, i quali fin dall'anno *1766.* diedero molte querele a' conduttori di quel feudo: ed un' altra copia di una Real carta ordinante alla R. Udienza di Lecce, che, verificate le cose contenute in quel memoriale, avesse fatta pronta, ed esatta giustizia.

Ma primamente, de' tanti torti, che in quel lungo memoriale si dicon fatti da' conduttori, non ce n'è uno, che dicasi fatto al tale, od al tale, che se ne dolga a tenore delle Leggi del Regno, le quali, abolendo le 47
azioni pubbliche e popolari dal jus Romano introdotte, permettono di querelare solamente a coloro, che o nelle proprie persone, o nelle persone de' suoi han ricevuta l' ingiuria (*a*): secondamente, avendo la R. Udienza fatto ordinare a Pasquale Antotaro, il qual solo tra que' quarantaquattro, avea di suo carattere sottoscritto il memoriale, che le avesse dati i necessarj lumi dintorno all' esposto, costui rispose, che i ricorrenti eran poveri, e perciò volea, che le diete si pagassero dalla Università: nè la cosa andò oltre. Dunque, in pruova dell' abuso della giuridizione, si allegano le mere assertive de' querelanti, che si sono poi per un sì lungo silenzio, e per una cotanto inverisimile, e strana indolenza dati a conoscere per impostori.

Oltracciò, si è prodotto un documento, onde costa, che D. Donato di Luca, nominato da' conduttori Governador di Ginosa, era inquisito nella Corte locale di Stigliano, nella G. Corte della Vicaria, e nella Udienza di Matera.

(a) Rit. *quod nullus admittatur* 191. Rit. *item quod nullus laicus* 192. Rit. *item quod nullus clericus* 194, & Rit. 195.

Ma non ſi prova, che ne aveſſero avuta ſcienza i conduttori. Fatto ſta, che gli Amminiſtratori gli diedero il poſſeſſo, nè vi fu alcuno in tutto il tempo del governo, il qual ſapendo, ch' era inquiſito, foſſe contra lui ricorſo od a' conduttori, od a' Giudici competenti: nè poi vi fu chi nel tempo del ſindicato gli aveſſe data querela: onde ottenne le lettere liberatoriali.

Finalmente ſi è prodotto un ſecondo memoriale, che contra i conduttori diedero al Marcheſe de los Balbaſes venti naturali di Ginoſa, de' quali ſoli ſette di proprio carattere il ſottoſcrivono.

E in queſto ancora, come in quell' altro, parlano i ricorrenti dell' abuſo della giuridizione ſenza venir mai a coſa particolare: nè delle tante coſe, ch' e' dicono, ci ha documento negli atti. Ma buon pe' miei clienti, che di coteſto ſecondo memoriale anno eſſi ſcoverto l' autore: e 'l memoriale iſteſſo lo ſcopre. Premettono in eſſo i ricorrenti, che s' induſſe il Marcheſe ad affittare il feudo di Ginoſa, perchè tra' conduttori era il Palatraſio *con appoggiare a lui la geloſia della giuridizione affittata in generale, per non farſi di queſta un abuſo:* indi fingono di dolerſi del Palatraſio, perchè aveſſe *contra la fiducia* del Marcheſe, e contra *la cauſa finale* dell' affitto *egualmente diviſo* co' ſuoi *conſocj l' eſercizio della giuridizione*: finalmente eſagerano le violenze del Sangiorgio, e dell' Amatulli, ed altamente commendano il Palatraſio. E chi è, che non vegga, eſſer coteſto memoriale un' opera dell' ingegno, e della mano del Palatraſio iſteſſo, diretta ad indurre il Marcheſe de los Balbaſes a rivocare il contratto fatto con tutti e tre, ed a farne un nuovo con lui ſolo? Che ſe ci è chi chiaro nol vegga, ponga mente a quel, che n' è poi ſeguito, e 'l vedrà chiaro.

Si laſcia indurre il Marcheſe a rivocare l' affitto, e non

e non ſi[illegible]ale di alcuno de' ſuoi Procuratori. Un Procuratore del tutto nuovo ſi coſtituiſce in queſto giudizio, ed è'l Dottor D. Paſquale Aprile: e tra' primi Avvocati del foro Napoletano ſi ſceglie l' Avvocato D. Baſilio Palmieri. Or vedi caſo! Il primo era Procuratore, il ſecondo era Avvocato del Palatraſio. Si notificano le provviſioni del S. Conſiglio ai tre conduttori, e dovean queſte riuſcir loro diſguſtoſiſſime, come quelle, che gl' involgeano in una lite, e gli metteano nel riſchio di uſcir dell' affitto otto anni prima del convenuto, quandochè ſulla giurata promeſſa lor fatta di mantenervigli per anni dodici, aveano anticipatamente pagati al Marcheſe duc. 12000., e molte altre migliaja ne aveano ſpeſe nell' oliveto di *Girifalco*; ma (vedi ſtravaganza!) il Palatraſio, a differenza degli altri due, le riceve con piacere, non che con pace; e ſenza penſarvi un momento vi replica ſotto così: *Il Dottor Giuſeppantonio Palatraſio, oggi li 28 del meſe di Gennajo* 1768., *notificato ſul tenore delle provviſioni del S. R. C. ſpedite ſotto il dì 16. di d. meſe, ed anno, è diſpoſto a rinunziare, come attualmente rinunzia, al controvertito contratto di affitto di queſta terra, e feudo di Ginoſa in beneficio dell' Ill. Marcheſe de los Balbaſes padrone*. E' generoſamente rinunzia all'affitto ſenza nè men riſervarſi le ragioni della rata del danaro anticipatamente pagato, e dell' altro ſpeſo nel ſuddetto oliveto, donde naſceagli per Legge il jus della *ritenzione*. Tanta virtù nel Palatraſio! Chi l' avrebbe creduto? E chi poi crederebbe, che tanto al Palatraſio non baſtò? Soggiunge egli: *E con ſua formale iſtanza ſi riſerba a dirittura preſſo gli atti del S. C. rinunziare: & ſic, & non aliter, nec alio modo*. E non era da dubitare di ſua parola. Senza frapporvi indugio, fa ſuo ſpecial Procuratore il Dottor D. Liborio Celeſte: e coſtui, come gli vien notificata la copia della *Suppli-*

ca

ta del Marcheſe, vi replica ſotto così: *Il procuratore di D. Giuſeppantonio Palatraſio, come degli atti, rinunzia formiter in benefizio dell' Ill. Marcheſe de los Balboſes tutte e qualſivogliano ragioni, che gli potrebbero competere per ragion del contratto dell' affitto della terra, e feudo di Ginoſa fatto da eſſo Sign. Marcheſe tanto al principale del replicante, quanto a D. Elcuterio Amatulli, e D. Nicola Maria Sangiorgio, per cui è il litigio intentato da eſſo Sign. Marcheſe per la rivoca di detto affitto. Il replicante non intende fare alcuna parte in giudizio, rinunciando, come ſopra, ogni ragione in benefizio del ſuddetto Sign. Marcheſe: e così dice, replica &c.* Depoſto sì generoſamente il carattere di conduttore, prende il carattere di *agente* del Marcheſe, ſoſcrivendo i mandati *per S. E. padrone*. Ma l' Amatulli, e 'l Sangiorgio, ben conoſcendo le arti, onde il Palatraſio, di concerto col Marcheſe, ſi ſtudiava di eſpellergli dall' affitto per reſtarvi poi ſolo, ricorrono finalmente al Sign. Conſultor Commeſſario, dicendo dover cedere in lor benefizio, ad eſcluſione del Palatraſio, poſtochè quella rinunzia avea fatta, tutti i frutti del feudo: e per decreto del Sign. Conſultor Commeſſario del dì 26. del meſe di Gennajo di queſt' anno, il Palatraſio ſi eſclude. Potea coteſto decreto in qualche modo ſpiacere al Marcheſe per la figura, che gli ſi facea fare di rinunziatario del Palatraſio: al Palatraſio, ſe aveſſe voluto per quella rinunzia veramente torſi di mezzo, come ſi luſingava di poter dare ad intendere, non doveva importare. Ma non andò così la coſa. L' Avvocato del Marcheſe, e del Palatraſio, col coſtui figlio D. Nicola a' fianchi, ricorre due dì dopo al Sign. Conſultor Commeſſario, e, dolendoſi di eſſere ſtato il Palatraſio eſcluſo dall' affitto, vel fa per un' altro decreto includere un' altra volta: indi preſenta il Palatraſio le provviſioni nella Corte di Ginoſa,

e le

e le fa notificare all' Amatulli, ed al Sangiorgio: ed eccolo un' altra volta conduttore. Dunque quando e' fece la rinunzia dell' affitto, alla società contratta con Amatulli, e Sangiorgio, non all' affitto intese di rinunziare. Dunque fece quella rinunzia per iscoraggiare i compagni, lusingandosi, che, abbandonati da lui, il qual faceva anche a tenore dell' istrumento dell' affitto la principal figura, non avrebbero osato di sostenere una lite contra 'l proprio Barone: ed un Barone poi della gran qualità del Marchese de los Balbases; e che così per un nuovo contratto sarebbe restato solo nell' affitto. Dunque, sotto il nome del Marchese de los Balbases, fa esso la lite, ed a sue spese: e di ciò fan pruova l' aver mandato di Ginosa in Napoli, per assistere alla lite, D. Nicola suo figlio; e l' aver costui nel mese di Febbrajo di quest' anno presi gli atti dallo Scrivano della causa, e fattagliene ricevuta, tuttochè uom del foro non fosse. Abbia presenti il S. Consiglio cotesti fatti, e non dubiterà, che l' autore di quel memoriale, onde si vuol provare l' abuso fatto da' conduttori della giuridizione, fu 'l Palatrasio.

CAPO IV.

D. Giuseppantonio Palatrasio è decaduto dalla società dell' affitto, e dee rifare a' socj tutti i danni, e l' interesse.

Si è detto, che nel dì 26. del mese di Gennajo di quest' anno, il Signor Consultor Commessario, in vista della geminata rinunzia fatta dal Palatrasio, ordinò,

nò, che *tutti i frutti, gli emolumenti, e i proventi della giuridizione cedeſſero in beneficio de' due conduttori Amatulli, e Sangiorgio;* ma che poi con altro decreto del dì 28. ritenne il Palatraſio nella ſocietà dell'affitto. Di queſto ſecondo decreto ſi ſono l'Amatulli, e'l Sangiorgio richiamati al S. Conſiglio: ed è ben da ſperare, che 'l Sign. Conſultor Commeſſario, uſando di ſua nota dottrina, e giuſtizia, prima che altri, il rivochi.

Della geminata rinunzia fatta dal Palatraſio dell' affitto di Ginoſa, non è da dubitare. Se ne ſono già nel precedente Capo traſcritte le parole, cui ſono da aggiugner queſte altre del Palatraſio, che leggonſi nel mandato dato a D. Liborio Celeſte: *Senza tenere ſerbato nè per me, nè per li miei eredi jus, nè azione alcuna.* Po-
48 ſto ciò, ſciolta del tutto è per lui la ſocietà: *Diſtrahitur ſocietas renunciatione*, ſcrive Ulpiano (*a*). *Quid ſi unus renunciet?* (ſono parole di Paolo (*b*)) *Caſſius ſcripſit, eum, qui renunciaverit ſocietati, a ſe quidem liberare ſocios ſuos.* Dunque è oggi la ſocietà tra' ſoli Amatulli, e Sangiorgio, e ſono eſſi ſoli i conduttori del feudo di Ginoſa: tanto più, che l'affitto da tutti e tre ſi preſe *in ſolidum;* onde come durando la ſocietà tra tutti e tre, ciaſcuno indipendentemente dall' altro era debitore dell' intero fitto, così, mancando uno di eſſi, è ben giuſto, che a comodo degli altri due ceda ancora l' intero frutto.

Nè giova il dire, che la rinunzia del Palatraſio fu traslativa, cioè fatta a benefizio del Marcheſe, onde la rata al Palatraſio ſpettante deve oggi ſpettare al Marche-
49 ſe. Non giova, dico, poichè le rinunzie traslative, in virtù di cui ſucceda il rinunziatario nel luogo, e nel diritto

(a) *L. verum* 63. §. 10. *ff. pro ſocio.*
(b) *L. actione* 65. §. 3. *ff. eod.*

ritto del rinunziante, non si ammettono nella società, come quelle, che obbligherebbero i soci ad avere per socio uno, ch' e' non vogliono: *Qui admittitur socius* (così leggo appresso Ulpiano (a)) *ei tantum socius est, qui admisit, & recte, quum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui. Quid ergo, si socius meus eum admisit? Ei soli socius est.* E se ciò è vero nel caso, che sia taluno ammesso da un vero socio, quanto più dev' esser vero nel caso, che si voglia ammettere da colui, il quale, rinunziando, lascia di esser socio? La società (questa n' è la ragione) è una specie di amicizia, anzi di *fratellanza*, come parla Ulpiano (b): e nè fratellanza, nè amicizia può esser mai tra due, de' quali uno non la voglia. L' Amatulli, e 'l Sangiorgio non vogliono per socio il Marchese de los Balbases, comecchè l' abbiano in somma riverenza: e per questa istessa somma riverenza nol vogliono, poichè, per quanto e' sia pieno di gentilezza, e di equità, non possono essi lusingarsi di averlo per amico, e molto meno per fratello. E ciò sarebbe vero, postochè volesse il Marchese, come rinunziatario del Palatrasio, esser socio nell' affitto. Ma 'l Marchese nol vuole. E come può volerlo, se vuole, che si abbia come già sciolta cotesta società, perchè vuole, che più non ci sia l' affitto? E' dunque da confermarsi il primo decreto del Sign. Consultor Commessario del dì 26. del mese di Gennajo. 50

Ma ciò non basta. Dee condannarsi ancora il Palatrasio al rifacimento di tutti i danni, e dell' interesse. E questo è 'l luogo da far sapere al S. Consiglio un positivo danno fatto dal Palatrasio alla società. D' ordina-

(a) *L. qui admittitur 19. eod.*
(b) *In cit. L. 63. pr.*

rio coloro, che tolgono feudi a fitto, comprendono nell' affitto la giuridizione, od almeno il diritto di nominare i Governadori, obbligandosi i locatori di dar loro le patenti, come suol dirsi, *in bianco*. L' una, o l' altra cosa, che si faccia, molto conduce ad agevolare l'esazioni: e l'una, e l'altra sono cose, a cui, per comun giudizio, si dà prezzo. Nell' istrumento dell'affitto espressamente si convenne, che avessero i conduttori il diritto di nominare i Governadori, e dovesse dar loro il Marchese le patenti *in bianco*. Ma 'l Marchese, sul principio della lite, di propria autorità gli spogliò di cotesto diritto col consiglio, e colla cooperazione del Palatrasio: ne fa pruova il fatto stesso. Venne Governadore in Ginosa D. Francesco Tuttabella eletto dal Marchese, e vi venne di nottetempo, ed a casa del Palatrasio. Colà si fecer venire gli Amministratori, ed eletto senza necessità, e contr'al solito un Cancelliere *assunto*, gli si fece dare il possesso: contr' al quale atto si protestarono ben due volte l'Amatulli, e 'l Sangiorgio. Questo è un danno, che assi a rifare. Oltracciò, per le cose dette nel precedente Capo, è chiaro, che 'l Palatrasio rinunziò per involgere l' Amatulli, e 'l Sangiorgio nella presente dispendiosissima lite, ed espellergli, come meglio avesse
51 potuto, dall' affitto per restarvi poi solo. Ciò posto, al risacimento de' danni, e di tutto quel, che importa, Paolo Giurisconsulto il condanna (a): *Si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere, ideoque renunciaveris societati, ut solus emeres; te-*
52 *neberis quanti interest mea.* Anzi, se ancora senza un tal fine avesse il Palatrasio rinunziato alla società, pure, perchè vi ha rinunziato *intempestivamente*, cioè otto anni prima, obbligando l'Amatulli, e 'l Sangiorgio a portare

(a) *In cit. L. 65. §. 4.*

tare essi due per otto altri anni il gravissimo peso del fitto, e delle altre spese, il quale, perchè si potesse più agevolmente portare, dal principio si volle diviso in tre, non men severo giudice di lui sarebbe lo stesso Paolo, che scrisse (a): *Ipso jure societatis intempestiva renunciatio in aestimationem venit*. E questo è poco. L'intempestiva 53
rinunzia ancora fa, che, sebbene non sia socio ne' lucri, nondimeno si abbia per socio ne' danni: e lo scrisse ancora Paolo, escludendo il solo caso della necessità (b): *Qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renunciando, socium a se, non se a socio liberat. Itaque, si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert: at si dispendium, aeque praestabit portionem, nisi renunciatio ex necessitate quadam facta sit.*

Si è dimostrato, che possono i feudi darsi a fitto anche per lungo tempo senza l'assenso del Principe: che l'istrumento dell'affitto del feudo di Ginosa è munito del Regio assenso: che insussistenti sono i motivi della società contratta co' Preti, e dell'abuso della giuridizione; e che D. Giuseppantonio Palatrasio è decaduto dalla società dell'affitto, e dee rifare a' soci tutti i danni, e l'interesse. Chi può ora dubitare della giustizia del S. Consiglio?

Di Casa nel dì 1. del mese di Luglio dell'anno 1769.

(a) *L. sed & socius* 17. §. 2. *eod.*
(b) *In cit. L.* 65. §. 6.

II. Scrittura per D. Eleuterio Amatulli, e D. Niccolò Maria Sangiorgio contra 'l Marcheſe de los Balbaſes.

HA 'l S. Conſiglio avuto per eſecutivo il giudizio della rivocazion dell' affitto del feudo di Ginoſa iſtituito dal Marcheſe de los Balbaſes contra D. Giuſeppantonio Palatraſio, D. Eleuterio Amatulli, e D. Niccolò Maria Sangiorgio, in virtù della notiſſima Coſtituzion di Federigo, *Conſtitutionem Divae memoriae*, ordinando con decreto del dì 7. del meſe di Luglio del paſſato anno 1769, che rilaſciaſſero il feudo a benefizio di eſſo Marcheſe, *ſoluto tamen prius reſiduo ducatorum* 12000, che gli aveano coloro nell' anno 1764, che fu 'l primo dell' affitto, anticipatamente pagati. Contra coteſto decreto ſi ſono prodotti più capi di *Nullità* dall'Amatulli, e dal Sangiorgio, non già dal Palatraſio, che, violando le leggi della ſocietà, per reſtar ſolo nell' affitto, ha con varie arti indotto il Marcheſe alla detta rivocazione, e la ſoſtiene oggi a ſue ſpeſe, come ſi è per chiari argomenti dimoſtrato nella mia I. *Scrittura*. Si dolgono in eſſe l' Amatulli, e 'l Sangiorgio di quel, che dice nel ſuo decreto il S. Conſiglio, e di quel, che non dice. Dice, che deve il Marcheſe pagar loro il reſiduo de' duc. 12000; ma nulla dice dell' intereſſe, che ſarebbe ancora dovuto loro. Nel primo anno dell' affitto gli pagarono eſſi la conſiderabiliſſima ſomma di duc. 12000: e con grave loro ſconcio gliela pagarono, perchè ſi era il Marcheſe obbligato di mantenergli nell' affitto per 12. anni; ed a meglio aſſecurargli di ciò, ſi era anche obbligato di far conſentire all' affitto il Duca del Seſto ſuo primogenito. Se aveſſer preveduto, che ad iſtanza

di

di esso Marchese gli avrebbe il S. Consiglio espulsi dall' affitto in capo a 5. anni, non gliel' avrebbero nè pagata, nè promessa. Era dunque da condannarsi il Marchese a pagar quel residuo colle usure compensative del danno patito, e del lucro loro mancato, per non aver potuto in que' 5. anni far quel buon uso, che avrebber saputo fare di una sì considerabile somma: e queste usure, perchè posto è 'l feudo nella Provincia d' Otranto; e perchè professano essi la mercatura, esser doveano del 7. almeno per 100. Nulla dice delle migliorazioni fatte 54
da loro nel feudo. Ascendono esse a molte, e molte migliaja di ducati: e ce n' era bastante pruova negli atti; e tuttochè non ne fosse ancora certa la quantità, come fatte da' possessori di buona fede, davan loro il jus della ritenzione (*a*).

Ma con molto maggior ragione si dolgono essi di quel, che dice nel suo decreto il S. Consiglio. Gli spoglia esecutivamente di un affitto fatto per pubblico istrumento, e dopo il pacifico non vizioso possesso di ben cinque anni. Del tutto ignoti alle Leggi Romane furo- 55
no i giudizj esecutivi. Si debbon questi ai particolari Statuti delle nazioni. Appresso noi è regola di dritto, che si abbia nelle cause a dar termine (*b*); e certo e determinato è 'l numero de' casi, che se n' eccettuano: nè tra essi è 'l giudizio della rivocazione in virtù della suddetta Costituzion di Federigo: anzi, dove si tratta di tor di mezzo un pubblico istrumento, e di torre altrui un possesso non precariamente, non per violenza, e non clandestinamente acquistato, porta l' antico costantissimo costume del foro, che si abbia a procedere con termine, e sen-

ten-

(a) *L. si in area* 33. *de condict. indeb. & L. Paulus* 29. §. 2. *de pign. & hipoth.*

(b) *Rit.* 69.

56 terza. So, che tra' casi eccettuari pongono alcuni il caso, che si abbia nella causa non altro a fare, che decidere un punto di mero dritto: e così per più esempj di cose giudicate dal Sanfelice s'insegna (*a*); ma so nel
57 tempo istesso, che ciò si è inteso di que' dubbj legali, la cui risoluzione non molto difficile riuscisse, non delle più ardue questioni di Legge, le quali più lungo tempo, ed animo più riposato richieggono. I dubbj di cotesto genere si sono da' nostri Dottori considerati sempre come i dubbj di fatto (*b*): il perchè nella causa del Marchese di Lavello, che riduceasi tutta al solo dubbio legale, se lasciato a taluno un feudo si dovesse l'estimazione, si procedè, per testimonianza di Giannvincenzo d' Anna (*c*), con termine, e sentenza. Or non uno, o due, ma ben molti dubbj di Legge, ed alcuni di essi difficilissimi a risolvere, ed uno, del tutto dipendente da mero fatto, ha, nel nostro caso, esecutivamente risoluti il S. Consiglio.

I. Ha risoluto il dubbio, se la locazione di tempo lungo, cioè di 10. anni, sia vera alienazione, che trasferisca il dominio utile nel conduttore: e l' ha risoluto affermativamente, seguendo il maggior numero de' men dotti, nol minore de' più dotti interpetri delle Leggi; e preferendo una volgare opinione, nata da errore, alle chiare, ed espresse disposizioni del jus Romano, e feudale, che si sono nella mia I. *Scrittura* allegate. E quì non posso non maravigliarmi del mio venerato Contradditore. Disse egli in Ruota, che gli era finalmente riuscito di trovare nelle Pandette un luogo, ove diceasi, che per la locazione di tempo lungo trasferivasi il jus *in re*: e dopo.

(a) *Decis.* 17.
(b) *Capyc. Decis.* 10. *num.* 20.
(c) *Singular.* 470.

dopo di avere con molte parole apparecchiati gli aſcoltatori a ſentir coſa del tutto nuova, recitò le parole del teſto di Ulpiano nella *L.* 1. *de ſuperfic.*, e le parole di Cujacio su quel teſto. Aveva io, un anno è già, que- 58
ſte, e quelle nella mia I. *Scrittura* traſcritte, e chiaramente dimoſtrato, che Ulpiano, e Cujacio parlavano del *ſuperficiario*, il quale non è da confondere col conduttore, come quegli, che per le particolari proprietà del contratto, del tutto diverſo dalla locazione, acquiſta il jus *in re*, e l'utile azione *in rem*: il che del *ſuperficiario* più volte è ſcritto ne'Libri del jus Romano (*a*), non mai del conduttore. Aveva ancor' io dimoſtrato, che, a giudizio dello ſteſſo Cujacio, la locazione di tempo lungo era ſemplice locazione, non atta a trasferire il jus *in re*; ma 'l Contraddittore non ſe ne volle brigare nè molto, nè poco.

II. Ha riſoluto il S. Conſiglio un ſecondo dubbio, ſe nel caſo, che 'l locatore dica di non intendere di trasferire nel conduttore il jus *in re*, ciò baſti, perchè la locazion di tempo lungo non ſia alienazione: nè ſo, ſe 'l non averne tenuto alcun conto ſia nato dal credere, che ciò non ſi foſſe eſpreſſo nell'iſtrumento, o dal credere, che, dandoſi ancor per eſpreſſo, non laſciaſſe per sì fatta dichiarazione di eſſere alienazione: e pure nè della prima coſa ci poteano far dubitare le parole dell'iſtrumento, nè della ſeconda i Dottori. Ci è nell'iſtrumento una eſpreſſione, che può parer traslativa del jus *in re*, ed è queſta: *Eſſo Ecc. Signor Marcheſe ha poſti li ſuddetti D. Giuſeppantonio Palatraſio, D. Niccolà Maria Sangiorgio, e D. Eleuterio Amatulli nel poſſeſſo, e QUASI DOMINIO di detta Terra:* ma che la parola, *quaſi domi-*

(a) *L. in ſpeciali* 72. §. 1., *&* *L.* 74. *&* 75. *de rei vind. L. iutor* 16. §. 2. *de pign. act.*

minio, cadutavi dalla penna dell' ignorante Notajo non ſia da intendere nel ſenſo legale, e che anzi al contrario altro non aveſſe il Marcheſe voluto trasferire ne' conduttori, che la ſola percezione, e la ſemplice comodità de' frutti, ſi fa chiaro per più altre precedenti, e ſuſſeguenti eſpreſſioni, e per tutto il conteſto della ſcrittura. Nel
59 proemio dell' iſtrumento (e ſi sa, che ſi contien ne' proemj la cauſa finale della diſpoſizione (*a*)) dice il Marcheſe, che avea conoſciuto *eſſerli più utile ed eſpediente procedere all' affitto generale delle ſue rendite*. Parla di affitto di *rendite*, le quali non altro ſono, che meri frutti: onde altro, che la ſemplice percezione, e la mera comodità de' frutti non intende di trasferire ne' conduttori. In un altro luogo comprende nell' affitto la giuridizion civile, criminale, e miſta; e pare, a prima giunta, che trasferiſca ne' conduttori il jus *in re;* ma ecco quel, che ſoggiunge: *E tutti ſuddetti proventi, rendite, ed entrate di eſſa, ſieno, e paſſino in benefizio, e lucro di eſſi:* e per dare più chiaramente a conoſcere, che a ſe riſervava il jus *in re*, dice, che avrebbe *di ſuo proprio pugno firmate le lettere patentali* (nella qual ſoſcrizione conſiſte, per riſpetto della giuridizione, il jus *in re*) e così ſottoſcritte le avrebbe date a' conduttori. In un altro luogo, ove il Notajo fa paſſare ne' conduttori il *dominio uſufruttuario* della Terra di Ginoſa, ſi ſoggiungon queſte importanti parole: *A potere uſufruttuarſi il corpo, e i corpi locati, ſalvo ſempre il dominio, e la proprietà ſopra di eſſi al ſuddetto Eccellentiſs. Padrone, che in niun modo e maniera s' intenda pregiudicato, o leſo, anche per qualunque aſſertiva pregiudiziale, o per aſſertiva non ſpiegata.* Il Marcheſe avea di Ginoſa, come di un feudo, il ſolo dominio utile, e come di un corpo ſoggetto

(a) *Arg. L. ult. de her. inſt., ubi Bart.*

getto a ſtrettiſſimo majoraſco, del quale ci è pruova negli atti, ne avea, per diſpoſizione del fondatore, il mero uſufrutto. Or ſe 'l *dominio*, *e la proprietà*, che a ſe riſervava, altro per Legge feudale non era, che un dominio utile: ed altro non era per diſpoſizion dell' uomo, che un uſufrutto; è chiaro, ch' e' non inteſe di trasferire ne' conduttori quel dominio utile, che 'l volgo de' Dottori fa naſcere dalla locazione di tempo lungo. E caſochè l' aveſſe voluto, come avrebbe potuto farlo? Che colui, il quale ha 'l pieno, ed intero dominio di una coſa, ne ritenga il diretto, e ne trasferiſca l' utile in altrui, s' intende: ma non s' intenderà mai, che colui, che ne ha 'l ſolo dominio utile, un altro utile dominio ſubalterno, alle Leggi, ed a' buoni interpetri ignoto, poſſa trasferirne in altrui: e molto meno s' intenderà, che 'l poſſa fare chi ne ha 'l ſolo uſufrutto. Dunque le parole, *a potere uſufruttuarſi il corpo, e i corpi locati*, ſono neceſſariamente da intenderſi della ſemplice percezione, e della mera comodità de' frutti, la quale, per qualunque lunghiſſimo tempo, non fa mai acquiſtare il jus *in re*. Finalmente, dopo quel luogo, in cui uſa il Notajo la ſoprarrecata impropriiſſima eſpreſſione del *quaſi dominio*, ſeguono immediatamente queſt' altre parole: *A poterli uſufruttuare durante il ſuddetto tempo di anni* 12, *e come affittatori* USUFRUTTUARJ, *e non* PROPRIETARJ, *ſervirſi de' corpi locati*. Per tutti gli anni 12. vuole il Marcheſe, che ſieno affittatori *uſufruttuarj*; cioè, che abbian per tutto quel tempo la ſola percezione, e comodità de' frutti: non *proprietarj*; cioè, che non acquiſtino mai quel dominio utile, che 'l comune errore avrebbe lor fatto acquiſtare. Poſta coteſta dichiarazione dell' animo del locatore, dee farſi luogo alla dottrina del Baldo, che, ſe oltre i dieci anni, e per qualunque più lungo tempo, la locazion ſi faceſſe, non ſi trasferirebbe mai nel con- 60

duttore il jus *in re*. Così comunemente s'insegna, e tra' nostri, oltre Matteo degli Afflitti (*a*), s'insegna così da Anton Capece, e dal Reggente de Marinis. Scrive Anton Capece (*b*): *Locare potest feudum Vasallus ad novem annos sine assensu Domini, ad longum vero tempus non, nisi expresse caveretur, quod conductori non acquireretur jus in re*. Scrive il Reggente de Marinis (*c*): *Potest locari feudum ad centum annos, si tamen expresse convenitur, quod per talem locationem aliquod non acquiratur dominium nec utile, nec directum*. E questa dottrina de' nostri forensi nasce da quegli stessi principj, secondo cui il Cujacio, e 'l Fabro, nella mia I. *Scrittura* allegati, insegnarono, che nol tempo lungo, ma 'l patto apposto alla locazione, che, pagandosi dal conduttore la pensione, nè 'l locatore, nè 'l suo successore potesse torgli il fondo, faceva al conduttore acquistare il jus *in re*. La forza de' contratti dipende tutta dalla volontà de' contraenti. Come dal conduttore si acquista per quel patto il jus *in re*, così non si acquista per lo contrario patto.

61 III. Ha risoluto il S. Consiglio un terzo dubbio, se la locazion di tempo lungo sia alienazione, anche quando incerta ne sia la durata, come incerta sarebbe nel nostro caso, perchè, soggiacendo, secondochè si è detto, il feudo di Ginosa a strettissimo majorasco, se fosse morto (viva pur cento anni) il Marchese de los Balbases nel primo anno dell'affitto, avrebbe questo nel primo anno avuto il suo fine. E l'ha il S. Consiglio risoluto contra i conduttori: e pure in lor favore parlano comunemente i Dottori. Ho io nella I. *Scrittura* tra-

scrit-

(a) *In cap.* 1. *de probib. feudi alienat. per Fridgric. num.* 61. *&c.*

(b) *Investit. feud. v.* feudorum locatio.

(c) *Resolut. lib.* 2. *cap.* 31. *num.* 18.

ſcritto un bel luogo del dotto Giannandrea di Giorgio. Eccone ora un altro del dottiſſimo Camerario (*a*): *Data temporis incertitudine, nullum jus conſtituitur in re; dicamus namque, tunc eum non capere fructus jure proprio, quod habet in feudo, ſed magis feudatarii vice illos habere*. La coſa è tanto ſicura, che io oſo di dire, non eſſerci Dottore, che altrimenti ne creda. In fatti, chi è de' noſtri, che vieti il gravar, che ſi fa tutto giorno il feudatario ſucceſſore ſul valore del feudo, dandoſi intanto altrui la tenuta del feudo iſteſſo? Niuno. Chi è di eſſi, che per la ſuddetta tenuta, tuttochè ſia per durare cento, e più anni, creda neceſſario il R. aſſenſo? Niuno. Non è neceſſario nè meno nel caſo, che comprenda l' eſercizio della giuridizione (*b*). E qual differenza è poſta tra 'l tenutario, e 'l conduttore? 62
Niuna. L' uno, e l'altro han la ſola percezion de' frutti: anzi il conduttore paga il fitto, per mezzo del quale ritiene il locatore il poſſeſſo, e la percezion de' frutti (*c*), e 'l tenutario nulla paga. Or la ragion, per cui la 63
tenuta di cento, e più anni non ſi ha per alienazione, è queſta, perchè la durata di eſſa è incerta, e può dopo pochi giorni finire, ſe la ſomma al tenutario dovuta tra pochi giorni ſi paghi. Ecco come baſta la ſola incertezza della durata a non fare acquiſtare il jus *in re*. Ma conviene, che io torni al traſcritto luogo del Camerario, donde ſorge un altro argomento in mio pro. Dice il Camerario, che quel darſi a fitto il feudo a vita del feudatario, deve operare, che 'l conduttore percepiſca i frutti a nome del feudatario, non per proprio diritto. Egli è queſto, oltre l' incertezza della durata,

(a) *Ad L. Imperialem, de probib. feud. alien. p. m.* 128.
(b) *V. Fr. Rocc. de off. rubr.* 13. §. 9. *a num.* 75.
(c) *V. Fabr. de err. Pragm. dec.* 100. *er. æ.*

un nuovo motivo da escludere, nel caso nostro, il jus *in re*. Posto il majorasco, la locazion fatta del feudo di Ginosa per 12. anni, è da aversi come fatta a vita del Marchese, e da questa dipendendo il jus de' conduttori, ne dee seguire, ch' e' ne percepiscono i frutti a nome di esso Marchese, non per alcun proprio diritto, che abbia-
64 no acquistato sul feudo. A confermazione di ciò, si noti, che avendo l' Imp. Giustiniano (*a*) compresa sotto il nome di *alienazione* anche la *dazion dell' usufrutto*, questo luogo è stato da tutti gl' interpetri inteso dell' usufrutto, che si concede a vita del concessionario, non dell' usufrutto, che si concede a vita del concedente, perchè quando la durata dell' usufrutto dalla vita, e dal jus del concedente dipende, il fruttuario non ha proprio diritto sul fondo, ma la semplice comodità de' frutti consistente nel mero fatto. Vaglia per tutti il solo Perezio, che, parlando del divieto di alienare fatto dalla Legge, o dall' uomo, scrive (*b*): *Alienationis nomine venit etiam in usumfructum concessio, si ad vitam ejus, cui conceditur, constituatur; nam si concedatur ad vitam usque concedentis, magis adsimilatur commoditati percipiendi fructus, ideoque non cadit sub prohibitione.*

65 IV. Ha risoluto il S. Consiglio un quarto dubbio, se nulla essendo la locazione di tempo lungo, sia nulla del tutto, o nel solo eccesso del tempo: e l'ha esecutivamente avuta per nulla, del tutto seguendo l' opinion del Bartolo contra la sentenza del Baldo, che, per testimonianza del Mantica (*c*), *majorem habet aequitatem, & magis communiter recepta est*; e che molto meglio è fon-

(a) *L. ult. C. de reb. alien. non alien.*

(b) *In d. tit. Cod. num.* 5.

(c) *De tacit. & ambigu. convent. lib.* 5. *tit.* 5. *num.* 32. v. nam supponendo.

fondata nelle regole del dritto. E' regola certa ed indubitata di Legge, che l' utile non si vizia per l' inutile (*a*): e questa ad una sola eccezione soggiace, se si tratti di cose individue, le quali non possano separarsi. Se si dona sopra la legittima quantità senza la solennità della insinuazione, dice l' Imp. Giustiniano (*b*), *quod superfluum est, tantummodo non valere: reliquam vero quantitatem, quae intra Legis terminos constituta est, in suo robore perdurare.* E perchè? Perchè si può separare somma da somma. Se hai diritto di condurre alla mia acqua un certo numero di pecore, e ve ne conduci un numero maggiore, non posso io pretendere, che nè men tante vi bevano, quante ve ne potrebbero bere, quasi *junctum pecus ei pecori, cui adpulsus debetur, totum corrumpat pecoris adpulsum*, come Trebazio opinava; ma posso solamente pretendere, che non vi bevano quelle, che sono sopra'l numero. E perchè? *Quia pecora separari possunt*, come dice appresso Ulpiano il giurisconsulto Marcello (*c*). Poichè dunque la locazione del feudo di Ginosa erasi fatta per anni 12, e gli anni *separari possunt*, dato ancora, che la locazion di tempo lungo fosse alienazione, avrebbe almen dovuto il S. Consiglio ridurla ad anni 9: tanto più, che non erasi stabilita una sola pensione per tutti gli anni 12, ma tante, quanti erano gli anni: nel qual caso, a giudizio del Tiraquello (*d*), e del Mantica (*e*), la locazione, senz' alcun dubbio, è dividua, e come le annue prestazioni, così gli anni si pos-

66 67 68 69

(a) *Cap.* utile *de reg. jur. in 6. L.* 34. *C. de donat. L.* 1. §. Trebatius 18. *ff. de aqua quot.*

(b) *In cit. L.* 34.

(c) *In cit. L.* 1. §. 18.

(d) *De retract. lign.* §. 23. *gloss.* 1. *num.* 12.

(e) *Lib.* 5. *tit.* 4. *num.* 24. *& cit. tit.* 5. *num.* 31. *v.* addo.

poſſono ſeparare. Or ſe ſulla queſtione, ſe laſciato a taluno un legato ſi debba l'eſtimazione, perchè ſi ebbe per un articolo molto dubbio di Legge, dice Gianvincenzo d' Anna, che ſi diè termine, molto più conveniva, che ſi deſſe ſopra coteſto quarto dubbio, che nella preſente infeliciſſima cauſa eſecutivamente ſi è riſoluto. Non ci è forſe queſtion legale, che più ardua ſia paruta agl'interpetri. La tratta più diffuſamente, che altri, il Mantica, che n' empì dodici intere *colonne* della ſua Opera *De tacitis, & ambiguis conventionibus* (a); e dopo tante fatighe, in gravi dubbj ci laſcia. Dice in un luogo (b): *Doctores in hac quaeſtione inter ſe MAXIME DISSENTIUNT*: indi ſoggiunge due opinioni, l'una all'altra oppoſta, ed altre cinque, che più caſi diſtinguono. Dice in un altro (c): *Ex his ergo apparet, hunc articulum eſſe VALDE AMBIGUUM, ET DIFFICILLIMUM*. Dice in un terzo luogo (d): *In hac TAM DIFFICILI quaeſtione, ut ſaepiſſime fieri ſolet: ad conjecturas recurrendum eſt*.

70 V. Ha riſoluto il S.Conſiglio un quinto dubbio, il qual ſupponeva un fatto certo ed indubitato; e l'ha riſoluto contr' a' conduttori, contra l' eſpreſſa Legge, e non coſtando del fatto. L' iſtrumento dell' affitto fu munito del Regio aſſenſo nel dì 26. del meſe di Gennajo dell'anno 1768: l'iſtrumento della rivocazione erafi fatto dal Marcheſe nel dì 5. del ſuddetto meſe; ma fu la rivocazione notificata a' conduttori dopo impetrato l'aſſenſo, cioè al Palatraſio, ed al Sangiorgio nel dì 28. del d. meſe, ed all' Amatulli nel dì 4. del meſe di Febbrajo. Or in vir-

(a) *Lib.* 5. *tit.* 5.
(b) *Num.* 1.
(c) *Num.* 27.
(d) *Num.* 32. *v.* unde.

virtù di una noſtra *Prammatica* (*a*), prima della notificazione non potea valere la rivocazion dell'affitto, tuttochè fatta più giorni prima; onde perchè già ſi era da'conduttori impetrato l'aſſenſo, primachè foſſe loro notificata, aver doveaſi come non fatta. Riſpondeva il 71
Contraddittore, che prima d'impetrare l'aſſenſo aveano i conduttori privata ſcienza della rivocazione già fatta, e che ben potea coteſta privata ſcienza ſupplire il difetto della notificazione: e valeaſi di una Deciſione fatta dall'abolito Collateral Conſiglio ne' tempi del Sanfelice (*b*). Or il S. Conſiglio ha riſoluto in favor del Marcheſe il dubbio, ſe per la privata ſcienza poſſa ſupplirſi il difetto della notificazione: l'ha riſoluto contra la chiara, ed eſpreſſa diſpoſizione della detta *Prammatica*, e l'ha riſoluto eſecutivamente, ſupponendo un fatto, che non ſi era provato, e ſi aveva a provar nel termine, cioè la privata ſcienza della rivocazione. Sto io ora a vedere chi, leggendo queſto, che ſcrivo, oſi di negare i fati delle cauſe.

Ma com'è poſſibile (dirà taluno) che 'l S. Conſiglio ſenza una qualche convenevol pruova di coteſta privata ſcienza, la quale conſiſte tutta nel mero fatto, abbia così deciſo?

Io nol crederei, ſe altri mel diceſſe: e perchè altri mel creda, ecco gli ſo io ſapere quel, ch'era negli atti, quando il decreto ſi fece, e quel, che ci è oggi di più dintorno a queſto punto. Le pruove, ch'erano negli atti della privata ſcienza de' conduttori, erano non altro, che alcune congetture tratte dall'aver coloro dopo l'iſtrumento della rivocazione fatti due ricorſi, l'uno a S.M. nella ſua Real Camera di S. Chiara, l'altro alla R. Do-

(a) *Pr.* 10. §. 70. *de off. jud.*
(b) *Deciſ.* 105. *num.* 18.

R. Dogana di Foggia: e le congetture eran queſte. Dal dì 3. del meſe di Aprile dell' anno 1764, nel qual dì ſi fece l'iſtrumento dell'affitto, ſino a tutto l'anno 1767. non aveano penſato mai i conduttori di chiedere ſull' affitto il R. aſſenſo. D. Eleuterio Amatulli vi pensò primamente nel meſe di Gennajo dell' anno 1768, in quel meſe appunto, nel quale il Marcheſe l' avea rivocato. Dunque il chieſe per la ſcienza, che aveva avuta della rivocazione, che ſe n'era già fatta. Oltracciò nello ſteſſo meſe, dopo la rivocazione, anzi dopo commeſſa nel S. Conſiglio la cauſa, ricorſe l' Amatulli a ſuo nome, ed a nome del Sangiorgio alla R. Dogana di Foggia, e, ſponendo la rivocazion fatta dell'affitto, implorò contr' al Marcheſe l'autorità di quel Tribunale: e nel dì 28. di quel meſe, nel qual dì, trovandoſi in Ginoſa il Sangiorgio, gli fu quella notificata, feceſi in eſſa R. Dogana decreto, che ſi notificaſſe l' iſtanza alla parte avverſa, la quale tra ſei giorni coſtituiſſe il procuratore.

Se vero foſſe quel, che francamente diſſe in Ruota il Contradditore, che avea l'Amatulli nel ricorſo fatto alla R. Dogana eſpreſſamente parlato della rivocazion dell' affitto, ſarebbe queſta una pruova concludente di averne eſſi avuta una qualche notizia, ma non ſarebbe pruova concludente di ſcienza certa. Poteva eſſerſene ſparſa una voce, e queſta eſſer giunta loro all' orecchio. Ma così non ſi acquiſta la vera ſcienza. Non fa l' Amatulli alcun motto di rivocazion già fatta dell' affitto: dice ſolamente, che 'l Palatraſio, la cui ambizione non era nè ſazia, nè ſtanca, meditava con falſi rapporti di fare inquietar lui, e 'l Sangiorgio dal Marcheſe. Temea dunque di una vicina lite: e forte motivo avea di temerne. Avea l'ambizioſo Palatraſio preteſo di poter ſolo *tranſigere*, *aggraziare*, *proventare*, e *dar tutte le interine provvidenze*, ſenzachè gli poteſſero contrad-

traddire l'Amatulli, e'l Sangiorgio. Al contrario, pretendeano coſtoro, che pari foſſe la condizione di tutti e tre. Dipendea la riſoluzion del dubbio dalla interpetrazione di un luogo dell'iſtrumento dell'affitto. Erano l'Amatulli, e'l Sangiorgio tanto ſicuri della ragion loro, e della troppo nota dottrina, ed onestà del mio Contraddittore, che, quantunque ſuo cliente foſſe il Palatraſio, ben volentieri conſentirono, che al di lui arbitramento ſi rimetteſſe l'affare. Interpetrò egli il luogo dell'iſtrumento a favore del Palatraſio, e nel dì 22. del meſe di Decembre dell'anno *1767.* diè fuori il ſuo parere in iſcritto. L'Amatulli, e'l Sangiorgio ſe ne richiamarono alla G. Corte, ed eccogli rei di un atroce delitto, che ſi aveva a punire con fargli eſpellere dall'affitto. Così richiedea la disguſtata ambizion del Palatraſio, e richiedeva ancora così l'offeſa autorità del Marcheſe, che all'iſtrumento, in cui ſi era eletto quell'arbitro, avea fatto intervenire il Baron Mortillaro ſuo Vicario generale. Le minacce, che pubblicamente ſe ne faceano, e'l grandiſſimo credito, che aveva il Palatraſio acquiſtato appreſſo il Marcheſe (e nell'iſtrumento dell'affitto ce ne ſono chiariſſime pruove) fecero entrar loro nell'animo un giuſto timore di una vicina moleſtiſſima lite: ma non ſapendo, ſe per preteſa deteriorazion di corpi, ſe per ſuppoſto abuſo di giuridizione, ſe per difetto di R. aſſenſo, o ſe per altro motivo aveſſero a moleſtargli il Palatraſio, e 'l Marcheſe; anzi nè men ſapendo, ſe le voci ſparſe per atterrirgli aveſſero a recarſi un giorno ad effetto, ſull'entrare dell'anno *1768.*, fecero buon ſenno a prevenire il nimico con far munire del Reale aſſenſo l'iſtrumento dell'affitto, ed a ricorrer poi alla R. Dogana di Foggia, ch'è ſovente l'aſilo de' deboli contra i potenti. L'eſſer dunque ricorſi prima al Re nella Real Camera di S. Chiara, e poi alla R.

Dogana di Foggia, non è pruova di certa ſcienza della già fatta rivocazion dell' affitto, ma di un giuſto timore di una veriſimile lite, la quale come da rivocazion di affitto, così potea naſcere altronde. Ma riguardin pure coteſte pruove la ſcienza della ſola rivocazion dell' affitto: quali pruove ſono eſſe? Meramente, *congetturali*, e *preſuntive*. E ſulle preſunzioni, e ſulle congetture, come ſi potea giudicare eſecutivamente? Le congetture, e le preſunzioni riguardanti un fatto, qual' è la ſcienza, tuttochè gravi ed urgenti, non poſſon mai tanto valere, ch' eſcludano del tutto il dubbio: e dove ci ſia picciol dubbio di fatto, aſſi a procedere con termine, e ſentenza. E poi provata per congetture e per preſunzioni la ſcienza, ſarà ſcienza *preſuntiva*, non *vera*: ed è maſſima
72 indubitata appreſſo i Dottori [e teſtimonianza ne rende in più luoghi delle Opere ſue il dotto Cardinal de Luca] che nelle coſe di grave pregiudizio, qual ſarebbe l' eſpulſion de' miei clienti dall' affitto, la ſcienza *preſuntiva* non baſta. In uno di que' luoghi chiama il de Luca (a) *receptam, ac frequentem propoſitionem*, che *in graviter praejudicialibus non ſufficit ſcientia praeſumta, vel conjecturalis, ſed debet eſſe expreſſa, & concludenter probata per actus univocos, ac bene concludentes, non autem vagos, & aequivocos*. Quello ſteſſo Collateral Conſiglio, che, in vece della notificazione, ſi contentò della ſcienza privata, volle di queſta pruove piene e concludenti. *CONSTAT*, dice il Sanfelice, *de revocatione notitiam habuiſſe*.

Conoſcendo l'accorto Contraddittore, che con pruove meramente preſuntive non gli ſarebbe riuſcito di difendere il decreto del S. Conſiglio, vi ha ultimamente aggiunte altre pruove: e ſono le ſeguenti. Antonio, e Lui-

(a) *De credit. diſc. 75. num. 3.*

Luigi Scarfani, l' uno Maggiordomo, l' altro Paggio del Marcheſe de los Balbaſes (bella coppia di teſtimonj!) fan *fede*, che verſo la metà del meſe di Gennajo dell' anno 1768. raccomandandoſi al Marcheſe il Cantore Zicaro ſocio dell' affitto, e D. Eleuterio Amatulli, perchè non aveſſe tolto loro il feudo di Ginoſa, riſpoſe loro il Marcheſe, che avea già rivocato l' affitto per pubblico iſtrumento. Oltracciò Raimondo Gallo, e Paſquale Ranieri, fan *fede*, che avendo circa lo ſteſſo tempo coabitato nella locanda detta *di Caravita* a Fontana Medina co' ſuddetti Zicaro, ed Amatulli, coſtoro ſi doleano della rivocazion fatta dal Marcheſe dell' affitto di Ginoſa, e della lite, che intendea di far loro per lo difetto del R. aſſenſo. Una ſimigliante *fede* fa 'l Prete ſecolare di Ginoſa D. Domenico Libertino. E perchè non poſſa dubitarſi dell'avere que' quattro coabitato in quella locanda, ſe ne produce *fede* della Locandiera Goſtanza Ligati.

E coteſte *fedi*, che vagliono? Del Maggiordomo, e del Paggio del Marcheſe, chi è che dopo cento *fedi*, e cento giuramenti poſſa tenere alcun conto? E pure molto men conto è da tenere della *fede* di quella buona limoſina di D. Domenico Libertino. Ne ſcrivono la vita in un loro atteſtato gl' Amminiſtratori della Univerſità di Ginoſa. Ci è poi *fede* di Paſquale Ranieri, che dice di non eſſer mai ſtato nella detta locanda, e di non aver mai conoſciuto nè Zicari, nè Amatulli, nè Gallo. Ci è altra *fede* della locandiera Ligati, che dice, non aver mai fatta la *fede* prodotta a ſuo nome, tuttochè ne foſſe ſtata più volte richieſta, anche perchè non avea conoſciuto mai alcun di que' quattro. Ma non ci ſia che opporre alle *fedi*, che ha nuovamente prodotte il Marcheſe. Da *fedi* private, che può egli altro ſperare, che un termine ordinario?

Ma perchè mi ſono io ſtudiato cotanto di eſcluder 73

la pruova di coteſta privata ſcienza, quandochè della privata ſcienza, tuttochè pienamente provata, vuole la ſopraccitata *Prammatica*, che non ſi abbia a tenere alcun conto? Le parole ſono: *Vogliamo, che le rivocazioni de' contratti feudali ſi debbano LEGITTIMAMENTE NOTIFICARE alle parti, e non abbiano forza, nè valore alcuno, ſe non dal dì di detta notificazione.* Val tanto quel *notificare alla parte*, quanto darle la notizia in iſcritto. Così l' Altimari (*a*): *Revocatio debet fieri in ſcriptis, & parti notificari.* Dimoſtri il Marcheſe, ſe può, che prima della impetrazion dell' aſſenſo la notizia della rivocazion dell' affitto ſi era data a' conduttori in iſcritto. Nè baſta, che la notizia in iſcritto ſi dia. E' ancora da darſi giudizialmente. Avrebbe potuto il Marcheſe a ſe chiamare i conduttori, e dar loro a leggere l' iſtrumento della rivocazion dell' affitto. Ne avrebbe data loro la notizia in iſcritto, e pur non avrebbe oſſervata la ſolennità della *Prammatica*, nè da quel dì ſarebbe la rivocazione valuta, perchè non ne avrebbe in quel dì data loro giudizialmente la notizia. Queſto è 'l proprio ſignificato delle voci *notificare*, ed *intimare*. In fatti, perchè di queſte voci ſi vale la Legge, quando
74 parla de' decreti, perciò la privata ſcienza di eſſi non ſi attende nè poco, nè punto: *Quando Statutum intimationem decernit*, ſono parole del Coſta (*b*), *non ſufficit ſcientia etiam plena, & nitida aliunde conquiſita ob peccatum in forma.* E pure della voce *notificare* non fu contenta la noſtra *Prammatica*. Le aggiunſe ancora l' avverbio *legittimamente*, ch' eſclude del tutto la ſcienza privata, tuttochè certa. La ſcienza *legittima*, che ancora ſcienza *canonica* volgarmente vien detta, è quella, che

ſi

(a) *Obſ. ad Rovit. conſ. 69. num. 2. tom. 2.*

(b) *De facti ſcient. inſpect. 63. num. 13.*

ſi acquiſta giudizialmente, e per mezzo di un ſubalterno del Tribunale, cui, precedente ordine del Giudice, ſi dà la ſcrittura, perchè la notifichi alla parte. Giova (e torna ad onore del foro Napoletano) che io quì traſcriva un bel luogo delle *Iſtituzioni feudali* del noſtro dottiſſimo Conſiglier di Gennaro (*a*): *Debet haec revocatio in ſcriptis fieri, actus enim ſollemnis eſt, & publico inſtrumento celebrato impleri fas eſt. Inſuper JUDICIALI FORMA reus conventus de tali actu certior fieri debet: atque id adeo neceſſarium eſt, ut ſi deſit, ut vulgo dicitur, formalis notificatio, nullius roboris ſit revocatio, quamvis ſollemniter peracta, ut ex Pr. 10. §. 75. de off. judic., & interim emtor feudi legitime & petere, & aſſenſum poteſt obtinere.* Della contraria Deciſione del Sanfelice 76
non ſi è tenuto mai conto, tra perchè 'l punto della rivocazione fù in eſſa incidentemente trattato, ed altri ne furono i motivi principali, che appreſſo lo ſteſſo Sanfelice ſi poſſon leggere, tra ancora perchè le oſta eſpreſſamente la lettera della *Prammatica*. Ecco quel, che ne' tempi a noi vicini ne ha ſcritto il Maradei (*b*): *Dubium contingere poteſt, num dicta notificatio requiſita per Pragm. ſuppleatur per notitiam, ſeu ſcientiam aliunde habitam. Affirmat Reg. Sanfelic. deciſ. 105. num. 18, maxime ſi habeatur plena ſcientia cum omnibus qualitatibus. At deciſio Reg. Sanfelicii non tranſit ſine controverſia, tamquam fundata in doctrina Bartol. in L. denunciaſſe, quae loquitur in terminis ſimplicis denunciationis requiſitae a Lege; ſed nos ſumus in terminis Statuti requirentis LEGITIMAM NOTIFICATIONEM, & proinde non ſufficit ſcientia, ſed requiritur intimatio per publicam ſcripturam.* A ciò ſi vuole aggiungere, che potendo il feuda-

(a) *Diſſert.* 10. §. 10.
(b) *Obſ.* 56. *num.* 17. & 18.

datario non far uſo della rivocazione già fatta, allora il poſſeſſor del feudo acquiſta la vera ſcienza della voluta rivocazion del contratto, quando queſta gli è legittimamente notificata. Ne fa pruova un fatto dello ſteſſo Marcheſe de los Balbaſes. Rivocò egli nel dì 5. del meſe di Gennajo dell'anno 1768. l'affitto del feudo di Ginoſa, e nel dì 27. dello ſteſſo meſe, ed anno rivocò ancora con pubblico iſtrumento per mano dello ſteſſo Notajo Domenico Empoli l'affitto del Seſto fatto ancora per anni 12. a beneficio di D. Paſquale Federici: contuttociò di queſta ſeconda rivocazione non ha fatto uſo ſino al preſente dì.

Della validità dell'aſſenſo, onde fu munito nel dì 26. del meſe di Gennajo l'affitto di Ginoſa, e della inſuſſiſtenza delle preteſe oppreſſioni de' vaſſalli, ſi è parlato ne' Capi II. e III. della I. *Scrittura*: nè mi reſta coſa da aggiungere.

Di Caſa nel dì 13. del meſe di Settembre dell'anno 1770.

Per lo Duca di Novoli D. Franceſco Carignani contr'al Principe di Squinzano D. Niccolò Filamarino, e i coſtui creditori.

ARGOMENTO.

I. Se la *L.* 2. *Cod. de reſcindenda venditione* ſi eſtenda ancora al contratto di locazione, e conduzione.

II. Se, e quando, nella locazione, e conduzione pretender

der ſi poſſa remiſſion di mercede, in caſo di ſterilità: o, per l' oppoſto, accreſcimento di penſione, in caſo di fertilità.

III. Della natura, e degli effetti dell' Anticreſi, che volgarmente chiamaſi *contratto a godere*.

SOMMARIO.

1 *LA condizion de' contraenti deve eſſere uguale:* Ved. il num. 13.

2 *Per quali miſure di danni, e di utilità ſi poſſono i contraenti circonvenire a vicenda.*

3 *Se la* L. 2. Cod. de reſcindenda venditione *ſi eſtenda ancora alla locazione, e conduzione.*

4 *Per reſcinderſi il contratto come leſivo, deveſi attendere il tempo in cui ſi fece.*

5 *Il ſucceſſore non può contraddire alla confeſſione del ſuo autore.*

6 *Siccome il pericolo, o 'l comodo, riguardante la proprietà, è del padrone; così il comodo, o 'l pericolo, riguardante i frutti, è del conduttore.*

7 *Se, e quando, nella locazione, e conduzione pretender ſi poſſa remiſſion di mercede in caſo di ſterilità: o, per l' oppoſto, accreſcimento di penſione, in caſo di fertilità:* Ved. i num. ſeg.

10 *Il giuſto prezzo delle coſe provaſi colla eſtimazion rimeſſa al giudizio de' periti, e non già colla ſubaſtazione:* Ved. i num. ſeg.

11 *Nel Foro vale il contratto, quando il prezzo ſiaſi rimeſſo all' arbitrio di perſone incerte, quali ſono gli* eſperti comunemente eligendi.

13 *Ne' contratti deveſi oſſervare l' uguaglianza. Vuolſi però diſtinguere la giuſtizia naturale dalla civile; permettendo talor la civile la diſuguaglianza:* Ved. i num. ſeg.

16 *Alla giuſtizia civile ceder dee la naturale:* Ved. i num. ſeg.

17 *Coſa mai riguardi l'equità naturale.*

18 *Coſa mai riguardi l'equità civile.*

19 *L'anticreſi è permeſſa dal jus Civile, e dal jus del Regno: e, poſte alcune circoſtanze, non è vietata dal jus Canonico. E della natura di queſto contratto.*

20 *La reſtituzione* in integrum *fu negata ad un debitore, tuttochè coſtui per un picciol debito aveſſe dato al creditore* in antichreſin *un fondo di un gran valore.*

21 *Il patto di ricomprare è permeſſo da tutte le Leggi.*

22 *Le condizioni conſiſtenti nel dare, ſono arbitrarie.*

23 *Ne' Tribunali, ſpezialmente de' laici, ſi giudica ſecondo l'equità Civile.*

24 *Se 'l contratto anticretico fatto coll'eſpreſſo patto, che poſſa ciaſcun de' contraenti, quandochè voglia, reſtituire il danaro, o 'l fondo, ſia lecito ſecondo la Moral Criſtiana:* Ved. i num. ſeg.

25 *Il contratto anticretico è divenuto frequentiſſimo in alquanti luoghi d'Italia, e quaſi in tutte le Spagne.*

27 *Per dritto di natura, niuno deve far lucro con ingiuria, e detrimento d'altrui. Come aſſi ad intender queſta regola:* Ved. i num. ſeg.

28 *Niuno fa danno ad altrui, ſe non che colui, che fa quello, che non ha dritto di fare.*

29 *Chi fa quel, che per Legge, o per autorità di Magiſtrato, o per patto gli vien permeſſo, fa quel, che ha dritto di fare.*

30 *In qual caſo è lecito al locatore di dare al conduttore una caſa per un' altra, quandochè ſia egualmente comoda quella, che gli offre.*

31 *Nelle deduzioni de' patrimonj ſi riſolvono gli affitti fatti dai debitori, e ſi ordinano i nuovi a nome del Magiſtrato.*

32 *Le*

32 *Le Leggi ſoccorrono ai non negligenti, ed a coloro, che per neceſſità ſono impediti:* V. ed. i num. ſeg.

33 *Il creditore, che, potendo eſigere, non ha eſatto il ſuo credito, dee portar la pena della ſua negligenza.*

34 *La negligenza del creditore, quando e' voglia riſcuoter da un terzo quel, che dal principal debitore riſcuoter poteva, è tanto al dolo vicina, che aſſi per dolo.*

ALLEGAZIONE VI.

NEll'anno 1744. il Regio Conſiglier Caporuota D. Antonio Maggiocca di onorata ricordanza, ſoprantendendo alla caſa del Principe di Squinzano D. Gabriello Enriquez, fece *emanare i bandi* nella Città di Lecce per l'affitto de' feudi di Salice, e di Squinzano. Nel dì 27. del meſe di Agoſto dello ſteſſo anno, il Dottor D. Andrea Romolo, preſentò offerta di annui duc. 3300. per l'affitto del feudo di Salice, da durare per anni ſei. Fu coteſta offerta accettata, e nuovamente ſi *emanarono i bandi* in Napoli, e ne' feudi di Salice, di Campi, e di Squinzano per accenſione della candela, al qual atto fu deſtinato il dì 29. del meſe di Settembre. Ma nè pe' *bandi emanati*, nè per altre diligenze, che ſi uſarono, vi fu, chi aveſſe migliorata l'offerta del Romolo: ed intanto i creditori del Principe facevano iſtanza, che ſi pagaſſer loro le terze di più anni aſcendenti a conſiderevoli ſomme. Deluſe così le ſperanze del Principe di Squinzano, il Sig. Conſigliere ſoprantendente pensò, che altro mezzo non vi era da ſottrarlo in parte al gravoſiſſimo peſo delle terze, che trovar perſona, che prendeſſe a fitto il feudo di Salice ſecondo l'offerta del Romolo, e deſſe ad un tempo la ſomma di duc. 29000. da pagarſi a' creditori, che maggiore intereſſe eſigevano: e fattoſi diverſe pratiche, ſi trovò in fine chi pienamen-

te ſoddisfece a' deſiderj del Signor Conſigliere ſoprantendente: e fu D. Carmine Vettozzi rappreſentante il Duca di Novoli D. Franceſco Carignani. Seguentemente nel dì 28. del meſe di Marzo dell' anno 1745. col Vettozzi ſi ſtipulò iſtrumento, nel quale, aſſerite tutte le ſopprammentovate coſe, convennesi, che al Vettozzi ſi deſſe a fitto il feudo di Salice per anni ſei, *ed oltre*, e non già pe' ſoli annui 3300., ch' erano ſtati offerti dal Romolo, ma per altri annui 73., e che dal Vettozzi prontamente ſi deſſero duc. 29000. alla baſſa ragione del 4. 2. 10. per 100., con patto eſpreſſo, che pe' ſuddetti anni ſei, *ed oltre*, ſi riteneſſe il Vettozzi dagli annui 3373. le terze, che decorreſſero ſino a che non ſi reſtituiſſe il capitale dal Principe di Squinzano.

Ma 'l Sign. Conſigliere ſoprantendente, avviſando, che di altri mille ducati era uopo per iſgravare la caſa del Principe, induſſe il Vettozzi a dare l'intera ſomma di duc. 30000: e ſe ne ſtipulò nel dì 21. del meſe di Maggio un ſecondo iſtrumento, nel quale ſi confermò quanto conteneaſi nel primo; ed oltre a ciò ſi eſpreſſero alcuni patti, che ſebbene, a prima giunta, poſſano parer nuovi, pur nondimeno nuovi non ſono; poichè nel primo iſtrumento ſe n' era detto tanto, che baſtava a moſtrare, ch' erano ſtati nella mente de' contraenti. Quivi chiaramente ſi eſpreſſe, che non eſercitandoſi dal Principe di Squinzano nel primo, o nel ſecondo ſeſſennio, nè in qualunque altro tempo avvenire, il patto della ricompra degli annui ducati 1350. dovuti al Vettozzi per lo capitale de' duc. 30000., poteſſe il conduttore continuare a ſuo arbitrio l' affitto, ritenendoſi, ſecondochè ſi era convenuto nel primo iſtrumento, gli annui 1350. dagli annui 3373., e che dopo due ſeſſennj, quandochè non voleſſe il Vettozzi continuare l' affitto dell' intero feudo di Salice, poteſſe continuarlo in parte, cioè, ri-

te-

tenendone o i ſoli feudali, o i ſoli burgenſatici: nel qual caſo convenneſi, che l'annua penſione ſtabilir ſi doveſſe a giudizio di due eſperti della Provincia di Lecce, che ſi farebbero dalle parti eletti in quel tempo. Furono coteſti due iſtrumenti muniti di Regio aſſenſo, e'l Vettozzi diè la convenuta ſomma di duc. 30000., a cui ſi aggiunſero poi, per richieſta fattane dal Sig. Commeſſario ſoprantendente, altri 2000., pe' quali ſi ſtipulò nel dì 28. del meſe di Decembre dell'anno 1746. un terzo iſtrumento. Coteſti fatti ſi moſtreran veri, ciaſcuno a ſuo luogo.

Credeva il Duca di Novoli, che baſtaſſero a fargli poſſeder con pace il feudo di Salice tre giurati iſtrumenti, a cui gran peſo aggiungevaſi per l'autorità, e preſenza del ragguardevoliſſimo Signor Conſigliere ſoprantendente D. Antonio Maggiocca. Ma ecco, che contr'a ciò, che'l Duca credeva, l'odierno Pr. di Squinzano D. Niccolò Filamarino, erede del Pr. D. Gabriello, il chiama in giudizio, luſingandoſi di potergli torre il feudo di mano, ſenzachè ſia eſſo tenuto di reſtituirgli i duc. 32000.: e, temendo di non baſtar ſolo a vincerlo, invita a ſeco unirſi, contr'al Duca, i creditori della Caſa di Squinzano: e dopo le diligenze di più meſi, ne induce a ciò fare ſoli quattro, che men doveano laſciarviſi indurre. Crede, per contrario, il Duca di Novoli, per cui ſcrivo, che, quando dal Pr. di Squinzano eſercitar non ſi voglia il patto della ricompra, azion non compete nè ad eſſo Principe, nè a' di lui creditori per torgli il feudo di mano. E queſta è la cauſa, che dee decidere il S. Conſiglio.

CAPO I.

Al Principe di Squinzano non compete azione contr' al Duca di Novoli.

IN un' istanza fatta a nome del Principe di Squinzano D. Niccolò Filamarino, si legge, *esser la rendita del feudo di Salice assai maggiore degli annui* 3300., e seguentemente non doversi continuare l'affitto *per sì tenue estaglio*. Ed ecco l'azione istituita dal Principe di Squinzano. Ma le trascritte parole non ispiegano con chiarezza la mente dell'attore, potendo contener due azioni: l'una nascente dalla notissima *Legge* 2. *C. de resc. vend.*, per cui rescindesi il contratto come lesivo: l'altra procedente, a giudizio di molti Dottori, da certi altri luoghi del jus Civile, ove si vuol, che si dica, doversi accrescere la pensione, quandochè troppo cresca la rendita. Oltre a ciò, leggesi in una supplica del suddetto Principe, che i patti, onde vuole il Duca di Novoli continuare l'affitto, *non posson sussister per legge*. Ecco una terza azione nascente dalla iniquità de' patti. Oltre coteste tre azioni, che si trovano istituite negli atti, due altre se ne promossero a voce quel dì, che della causa si ragionò nella Ruota, l'una tratta da quell'istesso istrumento, con cui si difende il Duca di Novoli: l'altra da alquante regole di naturale, e civile equità. Di tutte e cinque coteste azioni scriverò partitamente.

§. I.

§. I.

Non compete al Principe di Squinzano il rimedio della L. 2. Cod. de resc. vend.

NOn ha dubbio, che, secondo le Leggi della natura, uguale esser dee la condizione de' contraenti (*a*). 1
Ma poichè, se da qualunque disuguaglianza nascesse azione, infinite sarebber le liti tra gli uomini, prescrissero le Leggi civili certe misure di danni, e di utilità, infra cui ben si possono i contraenti *circonvenire* a vicenda (*b*); ed oltre a cui solamente può l' uno di essi dolersi dell' altro, e ricorrere al Magistrato, perchè si rescinda il contratto (*c*). Coteste misure, prescrivonsi contra le regole del jus antico dall' Imperador Diocleziano nella sopraccitata *L.* 2., ove si dice, potersi rescindere 3
il contratto della vendita, quandochè sia stato il venditore ingannato oltre la metà del giusto prezzo.

Quest' azione non compete di certo al Principe di Squinzano. Di venditore, non di locatore si parla in quella Legge: e comecchè da parecchi anche al locatore si estenda, pur nondimeno è questo, a giudizio del Fabro (*d*), un manifestissimo errore, massimamente per rispetto de' *predj rustici*. Le Leggi nuove *correttorie* del jus antico, qual è la suddetta *Legge* 2., non si estendono dal caso espresso al non espresso, tuttochè sia l' istessa la ragion dell' uno, e dell' altro. Ma la ragione non è l' istessa. Fu la ragion della *Legge* una mera commi-

se-

(a) *Grot. de jur. bel. lib.* 2. *cap.* 12. §. 8.
(b) *L.* 16. §. 4. *ff. de minor. L.* 22. §. 3. *ff. locati.*
(c) *Grot. d. cap.* 12. §. 26. *n.* 4. *&* 3.
(d) *De error. dec.* 8. *err.* 8.

ferazione del venditore: *Humanum eſt*, dice, parlando del venditore, l' Imperador Diocleziano. Or merita il venditore quel compatimento, che non merita il locatore. Molto più ſcarſo è 'l numero di coloro, che comprano, che di coloro, che prendono a fitto: e ſi vende il più delle volte per gran biſogno. La difficoltà di trovar compratore, e la dura neceſſità, che ſoſpinge il padrone a vendere, fan, che ſi venda a vil prezzo: dove, per contrario, ritrovandoſi facilmente chi toglie a fitto, e dandoſi a fitto più toſto per maggior comodo, che per biſogno, ben può 'l padrone aver agio di fare il ſuo pro: onde il laſciarſi ingannare nella vendita, è una ſventura, nella locazione è una colpa. Si aggiunge, che dalla vendita, che faſſi a vil coſto, un perpetuo danno ne viene al padrone: ma, per quanto ſia vile il fitto, temporario è 'l danno.

Ma eſtendaſi pure la *Legge* 2. dalla vendita alla locazione. Ne naſcerebbe al locatore azione, quando i frutti del fondo foſſer tanto maggiori della penſion pattuita, ch'e' ne rimaneſſe ingannato oltre la metà. Fuori di coteſto caſo non gli competerebbe azione. Dunque, eſſendoſi convenuto negl' iſtrumenti dell'anno 1745., che pagaſſe il Duca di Novoli per l' affitto di Salice ducati 3373., perchè poteſſe il Pr. di Squinzano dirittamente dolerſi in giudizio della *tenuità dell' eſtaglio*, dovrebbe moſtrare, che 'l giuſto prezzo de' frutti di quel feudo era maggiore di duc. 6746. E quali pruove ha egli fatte di ciò? Per mio giudizio, niuna: e 'l moſtrerò brevemente.

Si ſon prodotti nel termine dal Pr. di Squinzano un *apprezzo* delle rendite di Salice, che nella lite tra 'l Sign. Cardinale Enriquez, e 'l Principe di Squinzano D. Alfonſo fece il Tavolario Manni l'anno 1752.: alcuni *libretti* degli Erarj del Duca contenenti la rendita dell' anno 1749., e dell'anno 1750., e *i bilanci* fatti dal Razionale

nale Calò degli anni 1746., 1747., 1748. Indi dallo Scrivano della causa si è fatta d' ordine del Sign. Commessario relazione delle cose contenute in que' documenti: e per coteste scritture si pretende dal Pr. di Squinzano, che la causa si decida.

N' è ben contento il Duca di Novoli: tanto è debole la pruova, che se ne trae. E quanto all' *apprezzo* del Manni, è da notare, che quello fu fatto per altra causa, e non inteso il Duca di Novoli, a cui per legge (*a*) non può nuocere in alcun modo. Vuolsi ancora osservare, che in quello, quasi tutte le rendite si accrescono a capriccio: ed eccone un esempio. Parlando il Manni della decima del grano, dice, che *per la coacervazione del decennio*, è di annui 789. 4. 15., ma *per le diligenze praticate*, è di annui 1050. Non è un accrescere a capriccio la rendita il dire, esser quella maggiore *per le diligenze praticate*, senza spiegare, quali sieno state cotestè diligenze? Finalmente non è da omettere, che in quell' apprezzo si noverano rendite, che non ci sono, e non si deducono molte spese, che necessariamente si debbon fare: le quali cose si son dal Duca dedotte per capi in una ben lunga istanza: e comecchè si fosse dal Sign. Commessario ordinato, che lo Scrivano della causa ne avesse fatta relazione; nondimeno, primachè cotesta troppo necessaria relazion si facesse, si è voluto dal Pr. di Squinzano, che la causa si trattasse. Per quel, che poi si appartiene a' *libretti* degli Erarj, è da avvertire, che quivi si notano le partite esatte, non già le spese.

Ma si abbian per buoni i documenti prodotti dal Pr. di Squinzano. Che si pruova per essi? Si pruova, che, secondo *la coacervazion del decennio* fatta dal Manni,

(a) *Tit. Cod. Res inter alios acta &c.*

ni, aſcenderebbe l'annua rendita di Salice a' duc. 3921.: e per *le diligenze praticate* a' 526. di più, che ſono in tutto 4448.: che, giuſta i *libretti* degli Erarj, la rendita ſarebbe quaſi pari alla ſeconda ſomma: e, giuſta 'l *bilancio* del Razionale Calò, quaſi pareggerebbe la prima. E, ſtando così la coſa, potrebbe aver luogo il rimedio della *Legge* 2.? No di certo.

4 Non ſi è detto ancor tutto. Si sa per ciaſcuno, che a reſcindere il contratto come leſivo, aſſi ad attendere il tempo, nel quale il contratto ſi fece (*a*). Dunque coteſti documenti non giovan per nulla, perchè fan fede non dell'anno 1745., in cui la locazione ſi celebrò, ma degli anni ſuſſeguenti.

Tanto dee baſtare al Duca di Novoli per non temere delle contrarie pruove. Ma ecco, che dal Duca di Novoli ſi dimoſtra, che 'l prezzo convenuto negl' iſtrumenti era il più vantaggioſo, che potea ſperar di quel tempo il Principe di Squinzano: e 'l dimoſtra per un argomento, a cui non ſi renderà di certo convenevol

5 riſpoſta. Chi è, che ignori, non potere il ſucceſſor contraddire alla confeſſione del ſuo autore? *Confeſſio auctoris*, ſcriſſe il Tuſco (*b*), *praejudicat ſucceſſori, quia ſucceſſor, & habens cauſſam ab eo, utitur eodem jure*. Si vegga ora, quali coſe confeſsò nell'iſtrumento del dì 28. del meſe di Marzo dell'anno 1745. il Principe D. Gabriello, di cui è erede l'odierno Principe di Squinzano. Confeſsò, che ſull'entrare del meſe di Settembre dell'anno 1744. ſi *emanarono i bandi* per l'accenſione della candela su l'offerta di annui 3300. fatta dal Romolo: e che, *non oſtanti tutte le diligenze praticate, non vi fu altro oblatore, che migliorato aveſſe l'offerta ſuddetta*.

Gran-

(a) *L. ſi voluntate* 8. *C. de reſc. vend.*
(b) *Lit. C. concl.* 663.

Grandi esser dovettero le diligenze. Importava d' assai al Principe di Squinzano, che l' offerta si miglioraſſe. Importava ancora a' creditori. L' autorevole soprantendenza del Sig. Consigliere D. Antonio Maggiocca molto giovava, perchè esattamente si usassero, e riuscissero a bene. Si lasciò poi con ottimo consiglio passar gran tempo, poichè dalla *emanazione de' bandi* sino a che si stipulò l' istrumento col Duca di Novoli, corsero sei mesi, e più: e pure non si trovò persona, che avesse alla offerta del Romolo soprapposto un sol quattrino. Or se è vero, com' è verissimo, che tanto vale la cosa, quanto se ne può ritrarre; non essendosi per tante diligenze, e in tanto spazio di tempo migliorata l' offerta degli annui 3300., assi necessariamente a dire, che tanto, e non più estimar si potevano allora i frutti del feudo. Pur fu l' offerta del Romolo migliorata dal Duca. Si obbligò costui a pagare altri annui 73., cui non era tenuto il Romolo di pagare. Ma non è questo il solo vantaggio, che alla casa del Principe ne tornò sopra l' offerta del Romolo. Il Duca gli diè per giunta ducati 32000. alla bassa ragione del 4. 2. 10. per 100., i quali pagati a' creditori, ch' esigevano il 7. l' 8. e 'l 9., accrebbero le di lui rendite di mille ducati l'anno, ed anche di più. Il catalogo de' creditori dismessi col danajo del Duca, leggesi in un istrumento presentato a nome del Principe di Squinzano: e 'l conto è molto facile a farsi.

Dunque per rispetto del tempo della locazione, la mercede convenuta fu anzi maggiore, che minore del giusto valor de' frutti. Quando poi all' Avversario si dia, che fosse la rendita del feudo col proceder del tempo cresciuta, quinci non si può trarre argomento contr' al Duca di Novoli; concioschè non sia da dubitare; che 6
siccome, quanto alla proprietà, il pericolo, o 'l comodo è del padrone, così, quanto a' frutti, è del conduttore:

locatio enim eſt vice venditionis fructuum, come ſcriſſe il Fabro (*a*).

Ma coteſta ultima propoſizione non mi ſi mena buona dal dottiſſimo Contraddittore. E' crede, che, come per la ſterilità del campo dato a fitto, rimettesi la mercede in parte, o del tutto, così per la fertilità, ſia giuſto, che creſca.

§. II.

Non compete azione al Principe di Squinzano, tuttochè ſia creſciuta la rendita di Salice.

7 IO ſo, che per quella volgariſſima regola di Legge, *Chi ſente il comodo, dee ſentir parimente l' incomodo*, credono alcuni, e nominatamente l' Accurſio, che pari eſſer dee la ragione della fertilità, che della ſterilità. Ma ſo ancora, che non pochi degli antichi, tra' quali ſono il Saliceto, il Fulgoſio, e Paolo di Caſtro, e la più gran parte de' moderni interpetri, tra' quali ſono il Cujacio, e 'l Fabro, inſegnarono, non dover mai creſcere la penſione, comecchè ubertoſiſſima ſia la ricolta: ſecondo la quale opinione ſi giudicò nel Parlamento del Delfinato (*b*). Paolo di Caſtro, che meglio di tutti gli antichi coteſto punto trattò (*c*), molti argomenti produſſe a ſoſtener ſua ſentenza: tra' quali non diſpregevole è 'l ſeguente, che nella facoltà legale ſuol non poco valere. Nel caſo della ſterilità ci è teſto, in cui eſpreſſamente ſi parla della remiſſion della mercede; ma nel caſo della fertilità non ci è teſto, che parli dell' accre-

ſci-

(a) *De error. dec.* 8. *err.* 8. *V. etiam err.* 6. *dec.* 6.

(b) *Franciſc. Marc. deciſ. part.* 2. *quaeſt.* 210.

(c) *In L. ſi merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. locat.*

ſcimento della penſione: *Quia non reperitur hoc jure cautum, non debemus hoc dicere*. Altra è poi, ſecondochè quel graviſſimo Autore ſoggiunge, la ragion del primo caſo: altra la ragion del ſecondo. Nel caſo della ſterilità, la remiſſion della mercede è ſtata introdotta, perchè 'l conduttore non foſſe in danno: nè quella rieſce dannoſa al locatore, il quale, ſe non aveſſe dato il fondo a fitto, non ne avrebbe ricolto frutti. Ma nel caſo della fertilità, ugualmente il locatore, che 'l conduttore trattano di far guadagno: onde, nel dubbio, eſſer dee migliore la condizione del conduttore: *Propter ſterilitatem reperitur cautum, ut remittatur, ne colonus ſit in damno, & iſta remiſſio non videtur tendere in damnum domini, quia ſi non locaſſet, nec ipſe fructus percepiſſet. Sed quando eſt ubertas, uterque certat de lucro; igitur in dubio, potior eſt conditio ipſius rei*, cioè del conduttore. Coteſta ragion di differenza piacque ſopramodo al Fabro (*a*). Ma un'altra ne fu dal Cujacio (*b*) propoſta. Si ſoccorre, e' dice, al colono nel caſo della ſterilità, poichè quella gran ſcarſezza di frutti, onde per Legge rimettesi la mercede, non meno al locatore, che al conduttore giunge del tutto improvviſa; ma, per contrario, aſſi la fecondità come preveduta, e ſperata dall'uno, e dall'altro: concioſiechè ſulla ſperanza di eſſa il contratto ſi faccia: *Colono conſulitur data remiſſione mercedis, quia inſperata ei, & improviſa, atque inopina illa calamitas fuit. Contra, fecunditas & ubertas, tam ei, quam locatori, ut optata, & ſperata, atque proviſa: cujus fruendæ gratia, & is ad conductionem acceſſit, oblata forte magna mercede, & locator non imprudens, improvidusve ejus quoque fruitionem plenam illi conceſſit*. Ma ci

(a) *In d. L.* 25. §. 6.
(b) *Obſerv. lib.* 26. *cap.* 33.

toglie di qualunque affanno un chiaro, ed espresso testo del Giureconsulto Cajo (*a*), il quale, trattando i due contrarj casi della sterilità, e della fertilità, sebben voglia nel primo, che rimettasi la mercede al colono, nel secondo non vuole, che la pensione si accresca: *Vis major non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui IMMODICUM LUCRUM NON AUFERTUR.* Il Cujacio si maravigliò, come avesse l'Accursio altrimenti opinato contra la Legge espressa, e 'l notò non ingiustamente di audacia: *Audet tamen Accursius contra Legem ipsam adhibita quadam distinctione statuere, augendam esse pensionem.*

8 Ma perchè non concedo io all'Avversario, che secondo l'opinion d'Accursio la presente causa si decida? Gli si conceda. Primieramente, dovendo esser pari la ragione della sterilità, e della fecondità, ne segue, che, come non per qualunque sterilità rimettesi la mercede, così non per qualunque fecondità debba crescere la pensione. Esser dee la sterilità così grande, che, come a certuni è paruto, dedotte le spese, non restino frutti a beneficio del conduttore, o che almeno, attendendosi i frutti percepiti da una parte, e la pensione, che assi a pagare dall'altra, rimanga il conduttore deluso oltre la metà del giusto prezzo, secondochè dal più degl'interpetri si è creduto appresso il Gomesio (*b*). Non altri-
9 menti esser dee la fertilità così grande, che la raccolta sia nel doppio maggiore della mercede. Di fatto così propone il caso l'Accursio: *Apparet, quod si maximum fuerit lucrum, puta, quia in duplum creverunt fructus, quod duplicari debent merces.* Secondamente son da distin-

(a) *In d. L. si merces* 25. §. *vis major* 6.
(b) *Var. res. tom.* 2. *de locat. nr.* 18.

ſtinguer più caſi. Creſce la penſione, ſe la fertilità conſiſte non nel valor de' frutti, che per le circoſtanze de' tempi è creſciuto, ma nella copia di eſſi: e creſce, non quando la copia di eſſi è effetto della diligenza del conduttore, ma quando è mero dono del Cielo. Così diſtinſe Accurſio, così diſtinſero i ſuoi ſeguaci (a). Dunque il Pr. di Squinzano, perchè giovar gli poſſa l'opinion d'Accurſio, dovrebbe provar più coſe, cioè, che la rendita del feudo di Salice ſia creſciuta al doppio; e che ſia tanto creſciuta per la copia de' frutti, non per l'accreſciuto valore di eſſi: e che coteſta abbondanza ſia ſtato un dono del Cielo, non un effetto della diligenza del Duca. La prima coſa tanto è lontano, che ſieſi provata dal Pr. di Squinzano, che anzi è ſtato da lui provato il contrario. I documenti da lui prodotti moſtrano, che la rendita di quel feudo ſia di ſette, o ottocento ducati maggiore della penſione, la qual ſomma di poco trapaſſa il quinto degli annui 3373. ducati: de altre coſe poi non ſi ſono nè men per ſogno provate.

§. III.

Il Duca di Novoli può continuare, anche dopo il ſecondo ſeſſennio, l'affitto in virtù dell'iſtrumento del dì 21. del meſe di Maggio: nè compete al Principe di Squinzano azion naſcente dal ſuddetto iſtrumento, onde obblighi il Duca a laſciarlo.

NEll'iſtrumento del dì 21. del meſe di Maggio eſpreſſamente convennesi, che poteſſe il Vettozzi, rappreſentante il Duca di Novoli, *dall'annuo eſtaglio ritenere*

(a) *Gomeſ. ibid.*

tenerſi gli annui 1350. (terze del capitale de' duc. 30000., a cui, come ſi è detto, ſi aggiunſero poi altri 2000.) *e così continuarsi in appresso, qualora volesse proseguire l'affitto* (del ſtudo di Salice) *per un altro sessennio, O PER PIÙ TEMPO.* Dunque il continuar l'affitto, o 'l laſciarlo, è poſto nell'arbitrio del Duca, anche dopo il ſecondo ſeſſennio. Ciò non ſi nega dal Pr. di Squinzano: ſolamente pretendeſi, che, quando voglia il Duca continuar l'affitto per lo terzo ſeſſennio, nol poſſa continuare per la medeſima penſione degli annui duc. 2373., ma per *l'annua estaglio in quel tempo convenendo da regolarsi dal parere di due esperti della Provincia di Lecce, allora comunemente eligendi*, come ſi legge nell'iſtrumento. Diceſi poi nella Scrittura data fuori per lo Pr. di Squinzano, che *la forma* nell'iſtrumento preſcritta *per la liquidazione del nuovo estaglio è nuova, insolita, ed irregolare*: e che *la forma da tutte le Leggi stabilita, e meritevole di non immutarsi, è l'accensione della candela*: onde ſi vuole, che, non oſtante il patto eſpreſſo nell'iſtrumento, ſi accenda la candela per lo nuovo affitto di Salice.

10 Deſidererei di ſapere, in qual libro di Giuriſprudenza ſia ſcritto, che l'eſtimazione rimeſſa al giudizio de' periti *è nuova, insolita, ed irregolare*. Vorrei ancora ſapere, quali ſieno le Leggi, che dicono, che la *ſubaſtazione* è la vera regola de' giuſti prezzi delle coſe. Ma 'l dotto Autore di quella Scrittura non cita nè Leggi, nè Dottori. Citerò io Dottori, e Leggi, che inſegnano il contrario. In una Coſtituzione di Giuſtiniano eſpreſſamente ſi parla del vendere, e del dare a fitto, *quanti Titius aestimaverit*, ſe ne parla, come di coſa uſata dagli antichi, e coteſto modo di vendere, o di dare a fit-
11 to ſi approva (a). E ſebbene credano alcuni degl'Interpetri

(a) *L. ult. C. de contrab. emt.*

petri del jus Romano, non valere il contratto, quando rimettasi il prezzo all' arbitrio di persone incerte, quali sono gli *esperti communemente eligendi*; nondimeno que medesimi, che credon così, ci fan sapere, che segue il foro la contraria sentenza (a). Per l'opposito, le Leggi 12
non han la *subastazione* per buona regola de' giusti prezzi delle cose. Leggo appresso il Giurisconsulto Paolo, che *calor licitantis instar* quel, che a fitto si espone, *ultra modum solitæ conductionis* (b). Leggo appresso i nostri Forensi, che nelle *subastazioni*, sovente han luogo le *frodi*, e le *animosità*: e conseguentemente debbonsi porre i prezzi alle cose per gli estimatori; nè per saperne il valore si dee ricorrere al giudizio dell' asta, che quando manca qualunque altro modo: *Subhastatio*, son parole del Postio (c), *non probat justum pretium . . . . atque ideo non est faciendum appretium per subhastationem, sed per appretiatores . . . nec curandum est, nisi de vero valore, & communi pretio, quod per æstimationem judicatur, & non ex eo, quod majus pretium posset offerri per subhastationem, quia illud potius præsumendum est reperiri posse ex animositate . . . atque tunc ad licitationem deveniendum est ad effectum sciendi valorem rei, ubi non adest ullum remedium.* Così 'l S. Consiglio giudicò ne' tempi del Presidente de Franchis (d): *S. Consilium judicavit, non esse faciendum appretium per subhastationem, sed decrevit esse servandam practicam, scilicet, quod æstimatio fieret per appretiatores . . . & merito, quia isti tempore appretii considerant qualitatem rei, & quantitatem introitum, quæ considerandæ sunt pro declaratione justi pretii*

(a) *Vinn. in §. 1. lib. 3. Inst. de emt. & vend. n. 4.*
(b) *L. locatio ff. de publican.*
(c) *De Subhast. in princ. 49. num.*
(d) *De Franchis decis. 54. a num. 7. & seq.*

tli . . . vera est enim, & communis conclusio, per subhastationem non probari valorem rei . . . in forma enim licitationes esse animosae . . . & sanc demon ad licitationem esse deveniendum, quando aliud remedium non adest . . . & si fierent subbastationes, & in bannis diceretur ad finem sciendi justum pretium, offerens posset offerre majus pretium, & non justum.

Ma perchè farla sì lunga, quandochè il patto non è tale, qual dall' Avversario si finge? E' scritto nell' istrumento del dì 21. del mese di Maggio, potere il Vettozzi, *qualora volesse, proseguire l' affitto predetto per un altro sessennio, o per più tempo.* Quivi ancora è scritto, *Ed in caso, che, terminato detto sessennio d' affitto di detta terra e feudo di Salice, non volesse detto Sig. Vettozzi continuarlo per un altro sessennio* (ch' è 'l secondo) *o pure, volendo continuare per un altro sessennio, terminati detti due sessennj non intendesse continuarlo per altro tempo . . . in questo caso resti in arbitrio, a piacimento di detto Sign. Vettozzi ritenersi in affitto in tutto, o in parte le masserie nel ristretto di detto feudo di Salice, o pure detto feudo di Salice assolutamente per l' annuo estaglio in quel tempo conveniendo, da regolarsi l' annuo estaglio suddetto dal parere di due esperti di quella provincia, allora comunemente eligendi.* Dunque non si convenne, che, finito il secondo sessennio, necessariamente si dovesse stabilire per due *esperti* la nuova pensione. Dipendea cotesta estimazione da un' arbitrio del Duca. Si avrebbe dovuto fare, se al Duca piacea di non continuare per altro tempo l' affitto dell' intero feudo di Salice: e non era da farsi, se gli piaceva altrimenti. Acquistò per quel patto il Duca la libertà di continuar l' affitto del feudo intero, cioè, de' corpi così feudali, come burgensatici, o di ritenere i soli burgensatici, o i soli feudali: nel qual solo caso era uopo, che nuova estimazion si facesse di quella par-

parte, che volea ritenere. Di ciò non è da dubitare: Nelle traſcritte parole dell' iſtrumento apertamente ſi ſeparano i corpi burgenſatici da' feudali: e molto più chiaramente in queſt' altre, *o di detto feudo, o di dette maſſerie, o dell' intiero ſuddetto feudo*. Or avendo il Duca ſcelto, ſecondochè ben potea, di continuare l'affitto dell' intero feudo, è mancata la condizione, ſotto la quale ſi era preſcritto nell'iſtrumento il nuovo apprezzo.

§. IV.

Al Pr. di Squinzano non compete azione naſcente dalla iniquità de' patti.

MA coteſto patto, dice l'acuto Avverſario, è iniquo, poichè, quando anche ſi conceda al Duca di Novoli, contenerſi nell' iſtrumento dell' affitto la neceſſaria uguaglianza de' frutti del feudo, e del prezzo di eſſi, non ſi contien però nel ſopraccitato patto quell' altra uguaglianza, che non è men richieſta dal jus naturale, poſta nella pari libertà de' contraenti: la qual fa, che, durante il tempo dell' affitto, come il locatore non può per la ſua ſola volontà diſciorlo, così nol poſſa diſciorre il ſolo conduttore. E di vero in virtù di quel patto può 'l Duca di Novoli continuar l' affitto per quel tempo, che gli piace, e può rinunziarlo ſempre che vuole: della qual libertà non può parimenti uſare il Principe di Squinzano. E di coteſta diſuguaglianza d'arbitrio, ne ſegue ancora l'ineguaglianza del danno, e del lucro; poichè, creſcendo oltremodo la rendita del feudo, continuerebbe il Duca l' affitto per la medeſima tenuiſſima penſione: e di molto ſcemandoſi, il laſcerebbe, venendone così ſempre danno al locatore, e ſempre lucro al conduttore.

Coteſta obbjezione non è difficile a ſciorſi, quan-
13 dochè ſi premettano alcune poche coſe. E' vero (chi può negarlo?) che ſi dee ne' contratti ſervare uguaglianza. E' parimenti vero, che coteſta uguaglianza o conſiſte nella giuſta eſtimazion delle coſe, che ſi deducono ne' contratti, o nella pari libertà dell' arbitrio umano. Finalmente è vero, che non men l' una, che l' altra uguaglianza è giuſto oſſervarſi: di che dottamente ragio-
14 na il Grozio (*a*). Se non che ſi vuol porre differenza tra la giuſtizia naturale, e la giuſtizia civile. La giuſtizia naturale niuna diſuguaglianza comporta: la giuſtizia
15 civile talor la permette. Se io do cento a Cajo per coſa, che val cencinquanta, coteſta diſuguaglianza dalla giuſtizia naturale non ſi ſoffre, ma ſi permette dalla ci-
16 vile: e, quandochè abbiaſi a giudicare nello ſtato della Città, nel quale noi ſiamo, alla giuſtizia civile ceder deve la naturale. Su quel notiſſimo luogo di Ulpiano (*b*), *Jure naturae aequum eſt, neminem cum alterius detrimento, & injuria fieri locupletiorem*, notano gl' Interpetri, che giudizioſamente Ulpiano propoſe quella regola ſecondo il jus della natura: poichè, giuſta la civile equità, può ſoventi volte taluno far guadagno coll' altrui danno, come per l' eſempio della uſucapione ſi manifeſta: *Aequitas*, dice, comentando quel luogo, il Viſenbachio, *alia eſt naturalis, alia civilis. . . Quoties has aequitates collidi contingit, ſic eas interpretemur, ut inferior cedat ſuperiori, aequitas naturalis aequitati civili*. E di ciò non è
17 da maravigliare. L' equità naturale riguarda l' uomo per riſpetto d' un altro uomo: e, ſecondo un tal riſpetto, non è da conſentire, che la condizion dell' uno ſia migliore
18 della condizion dell' altro. Ma l' equità civile riguarda l'uo-

(a) *Dict. Lib.* 2. *cap.* 12.
(b) *In L. jure naturae* 206. *ff. de reg. jur.*

l'uomo per riſpetto di tutta la Città: e, ſecondo un tal riſpetto, è dà preferire il bene di tutta la Città al bene di un uomo ſolo: la qual coſa, poſto lo ſtato civile, è conformiſſima allo ſteſſo jus della natura. Poichè dunque, ſe ſi aveſſe ad oſſervare nella Città quella minuta, e perfetta uguaglianza, che ſi oſſerverebbe nello ſtato della natura, o meno agevoli ſarebbero i commercj, od infinite ſarebber le liti, l'equità civile, cioè, la ragione del pubblico bene, alquante diſuguaglianze permette tra' contraenti: e ſe lo permette nella eſtimazion delle coſe, che ſi deducono ne' contratti, non ci è ragione, per cui non le debba ancora permettere nella libertà dell'arbitrio umano: ed eccone due luminoſiſſimi eſempj tratti da' Libri del jus civile. L'anticreſi, che chiamaſi volgar- 19
mente *contratto a godere*, non ha dubbio, che ſia permeſſa per Leggi Civili (*a*), e, poſte alcune circoſtanze, non vietata dalle Canoniche (*b*). E' certo almeno, che nel noſtro Regno, *indiſtincte permittitur propter paratas emtiones.* (*c*). Or nell'anticreſi la libertà, che al debitor ſi concede, non concedeſi al creditore. Il creditore, tuttochè voglia reſtituire al debitore la poſſeſſion del fondo, nol può coſtringere a reſtituire il danaro. Il ſolo debitore, offerendo il danaro, diſcioglie a ſuo arbitrio il contratto: *Si antichreſis facta ſit*, dice Marciano (*d*), *& in fundum, aut in aedes aliquis inducatur; eouſque retinet poſſeſſionem pignoris loco, donec illi pecunia ſolvatur*. Coteſta li- 20
bertà, che al ſolo debitor ſi permette, fece, che nel Senato di Savoja ſi negaſſe al debitore la reſtituzione *in integrum*, tuttochè per un picciol debito ſi foſſe dato al

(a) *L. ſi is qui* 11. §. *ſi antichreſis* 1. *ff. de pign.*
(b) *V. de Marin. reſol. lib.* 2. *cap.* 172.
(c) *Arias de Meſa var. lib.* 3. *cap.* 46. *num.* 14.
(d) *In cit.* §. *ſi antichreſis.*

creditore *in antichresin* un fondo di gran valore. Ecco le parole del Fabro (*a*): *Non solet dari restitutio in integrum debitori, qui pro exiguo debito magni valoris bona pignori dederit in antichresin, quia luendi quandocumque pignoris jus habet oblata pecunia: alioquin, si non esset liberum jus luendi, contractus simulatus, & usurarius di-*
21 *ceretur*. Oltre a ciò, chi può mai aver l' ardimento di dire, che giusto non sia il patto di ricomprare? Tutte le Leggi l'approvano (*b*), e l'uso cotidiano il conferma. Or nel patto di ricomprare non è pari la libertà del compratore, e del venditore. Costui, offerendo, quando che sia, il prezzo, può riavere il fondo: colui, offerendo il fondo, non può riavere il prezzo. Disciogliesi il contratto per la sola volontà del primo: ma non disciogliesi parimenti per la sola volontà del secondo. E ne' due prodotti esempj dalla disuguaglianza dell' arbitrio, nasce la disuguaglianza del danno, e del lucro. Il debitore nell'anticresi, e 'l venditore nella vendita fatta col patto di ricomprare, useranno del loro arbitrio, quando avviseranno essere i frutti del fondo molto maggiori di quel lucro, che può tornar loro dal danaro: e, per contrario, il creditore, e 'l compratore non solo non potranno fare il lor pro, restituendo quel fondo, che pochi frutti produce, ma dovranno ancora restituirlo, quando è cresciuta la rendita, e portare in pace il certo lor danno.

La ragion poi, per la quale è giusto, che nella vendita, che fassi col patto di ricomprare, al venditor si permetta quel, che non permettesi al compratore, è la seguente. Gli atti dell'arbitrio umano son certamen-

te

(a) *In Cod. lib. 2. tit. 26. def. 3.*

(b) *V. L. 2. C. de pact. int. emt., cap. ad nostram de emt. & vend. & ibi DD.*

te in commerzio. Baſta a farcene fede il ſolo titolo de' Digeſti *Delle ſervitù*. Se ſono in commercio, poſſono venderſi, poſſon donarſi. Or la libertà, che acquiſta il venditore col patto della ricompra, nel tempo del contratto ſi eſtima per un certo prezzo, e tanto meno ſi compra il fondo, quanto quella ſi apprezza. Così la diſuguaglianza della libertà dell' uno, e della libertà dell' altro, ſi toglie per la diſuguaglianza del maggior valore della merce, e del minor prezzo, che per quella ſi paga.

Secondo coteſti principj, non dee parer iniquo il patto eſpreſſo nell' iſtrumento del dì 21. del meſe di Maggio. Poteva il Pr. di Squinzano donare al Duca di Novoli la libertà di continuare l' affitto fino a che gli piaceſſe. Ma 'l Pr. di Squinzano non gliela donò: gliela vendè a grandiſſimo prezzo: e 'l prezzo furono, ſecondochè ſi è detto, annui duc. 73., che aggiunſe il Duca alla offerta del Romolo, ed altri mille, e più ducati l' anno, che lucrò la Caſa di Squinzano pe' 32000., che 'l Duca prontamente pagò. Tanto fu eſtimata quella libertà, che al Duca ſi diè: per tanto gli fu venduta. Ma ci fu ancora un' altra giunta di prezzo. Si sa, che tra le coſe, che, giuſta l' opinion degli uomini, ricevono eſtimazione, ſon le cautele, onde ſi ſtudia il creditore di aſſecurare il danaro. Ciò tanto è vero, che colui, che, poſta la tale, o tal cautela, dà volentieri il ſuo danaro al 4. per 100., ſenza quella cautela o nol darebbe per nulla, o non altrimenti, ch' eſigendone il 5. o 'l 6. Parimenti ſi sa, che la cautela più eſtimabile, è dismettere i primi, e più privilegiati creditori del debitore. Or a coteſta cautela, cui non avrebbe rinunziato chicchеſſia, rinunziò nell' iſtrumento del dì 28. del meſe di Marzo il Duca di Novoli in grazia del Pr. di Squinzano. In quell' iſtrumento ſi legge, che col danaro del Duca ſi ſarebbero dismeſſi *tanti creditori della Caſa di detto Sig.*

Prin-

Principe ad elezione del Regio Consigl. Sign. D. Antonio Maggiocca, alla di cui prudente determinazione, circa la dismissione di detti creditori, promise il Duca *di stare*. In fatti si dismisero non i più antichi, non i più privilegiati creditori, ma que' creditori, ch' esigevano il 7. l' 8. e 'l 9. per 100., tuttochè meno antichi, e men privilegiati; contentandosi il Duca di esigere il 4. 2. 10. Agli annui 73., che soprappose il Duca alla offerta del Romolo, ed agli annui 1000., che, mercè 'l danaro del Duca, si aggiunsero alle rendite del Pr. di Squinzano, si aggiunga la rinunzia, che 'l Duca fece di cotesta estimabilissima cautela; e mi si dica poi, che iniquo fu 'l patto, onde il Duca acquistò la libertà di continuare, fino a che gli piacesse, l' affitto.

Mi si potrebbe dire dal sottilissimo Difensore del Principe, non esser vero, che l' essersi il Duca obbligato a dar prontamente il danaro per dismettere i creditori della Casa di Squinzano fu 'l prezzo di quel patto, onde gli si acquistò l' arbitrio di continuare l' affitto; poichè nel primo istrumento erasi già obbligato il Duca a dar 29000. ducati, ed erasi quivi espressamente convenuto, che durasse l' affitto per soli anni sei, e non oltre. Il patto per cui quel vasto arbitrio al Duca fu dato, si appose la prima volta nel secondo istrumento del dì 21. del mese di Maggio, nel quale si celebrò solamente un contratto di *vendita d' annue entrate*: contratto, che nel primo istrumento erasi promesso di stipularsi: onde quel patto, come quello, cui non fu posto alcun prezzo, contiene quella disuguaglianza, che 'l rende iniquo.

Rispondo, che quel patto sarebbe giusto anche quando non gli si fosse dato alcun prezzo. Le servitù, che, diminuendo la nostra natural libertà, rendono deteriore la condizion nostra, e de' nostri fondi, ed accrescendo l' ar-

l'arbitrio d'altrui, l'altrui condizione, e la qualità de' fondi altrui rendon migliore, poſſono non men donarſi, che venderſi: nè, perchè non interviene alcun prezzo, ingiuſti ſono i patti, onde quelle ſi coſtituiſcono. I patti iniqui ſon quelli, che diſtruggono la natura de' contratti, cui ſono appoſti. Ingiuſto è certamente quel patto, per cui la ſocietà vien detta *leonina*; perchè, poſto quel patto, non ci è più ſocietà. Ma 'l patto, di cui ſi diſputa, non è contrario alla natura della locazione. Riſpondo ancora, che nel ſecondo iſtrumento diè 'l Duca di Novoli altri duc. 1000., cui per lo primo non era tenuto di dare: e che dipoi nel terzo iſtrumento, ove quel patto ſi confermò, diè ancora altri 2000. Finalmente riſpondo, che nel tempo del primo iſtrumento era quel patto nella mente de' contraenti, e fu non oſcuramente eſpreſſo nell'iſtrumento. Sono in un luogo di quello le ſeguenti parole: *E dell' annua oſtaglio di detto affitto ritenerſi* (il Vettozzi rappreſentante il Duca) *le terze decorrende, detto ſeſſennio durante, ET INDI, ſiccome ſi convenirà nelle cautele ſtipulande*. Le parole, *& indi*, contengono tratto di tempo indefinito, che dee ſeguire il *ſeſſennio*: e le parole, *ſiccome ſi convenirà nelle cautele ſtipulande*, moſtrano, che 'l patto dell'arbitrio di continuare l'affitto per un ſecondo *ſeſſennio*, *ed oltre*, era nella mente de' contraenti, che ſi riſervavano di chiaramente ſpiegarlo nel ſecondo iſtrumento, nel quale doveanſi ſtipulare le cautele della vendita delle annue entrate.

Ma troppa briga mi ho io data di coteſta oppoſizione tratta dalla non ugual ſorte de' contraenti. La condizione dell'uno, e dell'altro fu pari del tutto. Si leggano interamente le parole del patto: *E così continuare in appreſſo, qualora voleſſe proſeguire* (il Duca) *l' affitto per un altro ſeſſennio, o per più tempo, E NON SI ESER-*

ESERCITASSE FRATTANTO DA DETTO SIG. PRINCIPE, SUOI EREDI &c. LA RICOMPRA DI DETTI ANNUI 1350. Dunque la libertà data al Duca di continuare l'affitto, non fu tale, che non poteſſe impedirla il Principe di Squinzano. Impedir la poteva, eſercitando il patto della ricompra: ed eccogli uguali del tutto. Atto arbitrario era nel Duca il continuare, o 'l laſciare l'affitto. Atto arbitrario era nel Principe l'eſercitar la ricompra, o no: nè di ciò ſi può dubitare. Eſercitar la ricompra, è lo ſteſſo, che reſtituire i ducati 32000. Dunque, l'eſercitar quel patto, conſiſte nel *dare*:
22 e chi è, che ignori, che le condizioni conſiſtenti nel *dare*, ſon per Legge condizioni *arbitrarie?* In molti luoghi delle Pandette così s'inſegna, e 'l Vinnio il nota (*a*). L'arbitrio del Duca ceſſava toſto, che uſava del ſuo il Pr. di Squinzano. Dunque non è vero, che in forza di quel patto il Duca era ſempre nel lucro, e 'l Principe ſempre nel danno. Dentro il primo, e 'l ſecondo ſeſſennio non poteva nè 'l Duca laſciar l'affitto, nè 'l Principe far, che 'l laſciaſſe: ed in ciò andavan del pari. Nel tempo avvenire era parimenti uguale la lor condizione nel danno, e nel lucro. Mancavano le rendite del feudo? Il Duca ne poteva laſciar l'affitto a danno del Principe. Creſceano le rendite? Poteva il Principe, eſercitando il patto della ricompra, riavere il feudo con iſvantaggio del Duca.

Ma era più difficile quel, che poteva fare il Principe di Squinzano, che quel, che far poteva il Duca di Novoli. Coſtui non dovea durar fatica per rilaſciare il feudo: colui non poche difficoltà dovea vincere per la reſtituzione di duc. 32000.

Riſpondo, che coteſta maggior difficoltà, non può mai

(a) *In* §. 4. *Inſt. de verb. obl. lib. III. num.* 7.

mai fare, che la condizione, conſiſtente nel *dare*, non ſia *arbitraria*: e tanto baſta, perchè ci ſia uguaglianza tra' contraenti. Riſpondo ancora, che coteſta diſuguaglianza naſcente dalla difficoltà maggiore nell' uno de' contraenti, minore nell'altro, come diſuguaglianza troppo minuta, ſi attende nel ſolo foro interiore della coſcienza, non ne' Tribunali, ſpecialmente de' laici, ne' quali 23
ſi giudica ſecondo l'equità civile riguardante il ſolo bene temporale della Repubblica. In fatti nel caſo di due, l' 24
un de' quali ha dato a godere per lo fondo il danaro col patto eſpreſſo, che ciaſcun de' due poſſa, quandochè voglia, reſtituire il danaro, o 'l fondo; alcuni Maeſtri di moral Teologia credono illecito il contratto, perchè *major difficultas eſt pecunias, quas non habes, reſtituere, quam reddere domum, quam tenes*, come l' Azorio ſcrive (*a*): ma dottiſſimi Teologi l'han per lecito anche in coſcienza. Per lecito l'ebbero il Corrado (*b*), il Gabriello (*c*), il Medina (*d*), e 'l Covarruvia, le cui parole piacemi di recare in mezzo (*e*): *Pactum iſtud, ex quo revenditio confertur in voluntatem emtoris, licitum eſt; quia ſicuti res quaelibet perpetuo abalienari poteſt, & ita vendi, ut nullo pacto emtor eam teneatur revendere, atque item ea pactione, ut quoties venditor eam velit redimere, emtor teneatur vendere, ita ut paria ſint contrahentium jura; poterit venditor adſtringi, & obligari ad emendum eam rem, quoties emtor eam revendere voluerit, non enim video quae ſit congrua inter haec duo diſcriminis ratio.* L'autorità de' ſopraccitati 25
graviſſimi Teologi ha fatto, che coteſta convenzione foſſe

(a) *Inſtit. par. 3. lib. 9. c. 20.*
(b) *De contractib. q. 84.*
(c) *In 4. q. 12. a. 3. dub. 4.*
(d) *De reb. per uſur. acquis. q. 15.*
(e) *Lib. 3. var. c. 9. n. 3.*

divenuta frequentiſſima in alcuni luoghi d'Italia, e quaſi in tutte le Spagne, come teſtimoniano lo ſteſſo Azorio, e'l Gonzalez (*a*). Non era poi tanto grande, per riſpetto del patrimonio del Pr. di Squinzano, la difficoltà di reſtituire i duc. 32000. Aſcendono le ſue rendite ad annui 11000. e più, come ſi dimoſtrerà nel II. Capo di queſta Scrittura. Gli riuſciva, anni ſono, agevole la vendita di qualche feudo: agevoliſſima gli può riuſcire oggi la vendita di alcun de' molti corpi burgenſatici,
26 che poſſiede. E dove ſi ponga, che molto grande ſia coteſta difficoltà, è maſſima di Moral Criſtiana, ricevutiſſima in tutte le Scuole ſenza contraddetto d'alcuno, che dove quella maggior difficoltà, che s'incontra da chi dee reſtituire il danaro, ſi compenſi in alcun modo con coſa eſtimabile per qualche prezzo, non ſia da dubitare della giuſtizia del contratto. Or quanto caro ſia coſtato al Duca di Novoli il peſo impoſto al Pr. di Squinzano di reſtituire i duc. 32000., ſi è già detto di ſopra. Finalmente è quì da notare, che nel caſo da que' Teologi propoſto, il poſſeſſore del fondo può, ſempre che vuole, obbligare l'altro contraente a reſtituirgli il danaro: il che non può fare nel noſtro caſo il Duca di Novoli. Se'l Principe di Squinzano reſtituiſce i duc. 32000., gli reſtituiſce, perchè rivuole il feudo, non perchè l'obbliga il Duca a riprenderlo. Ma di ciò troppo ſi è detto. Tempo è di paſſare alla quinta azione.

§. V.

(a) *In cap. 6. de pign. n. 14.*

§. V.

Al Pr. di Squinzano non compete azione naſcente da principj di civile equità.

DUe principj di equità ſi propongono nella Scrittura pubblicata per lo Pr. di Squinzano. Il primo è 27
quel luogo di Pomponio, che ſi è traſcritto di ſopra: *Jure naturae aequum eſt, neminem cum alterius detrimento, & injuria fieri locupletiorem* (a). Ma, quantunque all'Avverſario ſi dia, che le rendite del feudo di Salice ſieno maggiori del fitto, coteſto principio, ſecondochè ne' precedenti §§. ſi è detto, al Duca di Novoli non nuoce. Ed oltre le coſe dette, notiſi ancora quì, che allora ſi dice, che talun fa lucro con ingiuria, e detrimento d'altrui, quando fa coſa utile a ſe, dannoſa ad altrui, ſenzachè abbia diritto di farla. Così leggo ap- 28
preſſo Paolo (b): *Nemo damnum facit, niſi qui id facit, quod facere jus non habet.* Se poi taluno fa quel, che ha diritto di fare, non ſi può pretendere, che nol faccia, comecchè altri ne impoveriſca. Or chi fa quel, che 29
per Legge, o per autorità di Magiſtrato, o per patto gli vien permeſſo, certamente fa quel, che ha diritto di fare: *Jure ſuo uti dicitur*, ſcrive il Gotofredo (c), *qui quid facit partium conventione.* Il patto della ricompra rieſce dannoſa al compratore, ſe 'l venditore l'eſerciti in tempo, che creſciuto è d'aſſai il valore del fondo; ma 'l venditore non gli fa ingiuria, perchè uſa d'un diritto, che per eſpreſſa convenzione acquiſtò. Dunque, ſe 'l con-

(a) *L.* 206. *ff. de reg. jur.*
(b) *L.* 151. *eod.*
(c) *In L.* 155. §. 1. *eod.*

continuare l'affitto dell' intero feudo di Salice è facoltà dal Duca di Novoli acquiſtata per patto eſpreſſo, può ben egli continuarlo ſenza ingiuria del Pr. di Squinzano.

Il ſecondo principio è un luogo di Ulpiano, ove crede l'Avverſario, che s'inſegni, eſſer lecito al locatore di dare al conduttore una caſa per un' altra, quandochè ſia egualmente comoda la caſa, che gli offre. Le parole dall' Avverſario traſcritte, ſon le ſeguenti: *Plane ſi locator paratus ſit aliam habitationem non minus commodam praeſtare, aequiſſimum eſſe abſolvi locatorem* (a). Quinci raccoglieſi, che, offerendo il Pr. di Squinzano al Duca di Novoli cautela equivalente a quella, che gli fu data nell' iſtrumento, qual ſarebbe *o nuovo aſſegnamento ſul nuovo conduttore del feudo*, come diceſi nella contraria Scrittura, od altra anche migliore ad arbitrio del S. Conſiglio, come quivi ſoggiungeſi; non può 'l Duca giuſtamente pretendere di continuare l' affitto, come nel caſo di Ulpiano non potea pretendere il conduttore, che quella caſa gli ſi deſſe, cui aveva egli tolta a fitto, e non altra.

Che non può anche negli uomini diligentiſſimi la paſſion della cauſa! Si cita a favore del Pr. di Squinzano un teſto delle Pandette, che contr'a lui decide la cauſa. Buon pel Duca di Novoli, che non aſſi ad andare inſino a Firenze, ove le Pandette conſervanſi manoſcritte, per leggerlo intero. L'intero luogo di Ulpiano, è queſto: *Si quis domum bona fide emtam, vel fundum locaverit mihi, iſque ſit evictus ſine dolo malo, culpaque ejus, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praeſtetur frui, quod conduxit licere. Plane ſi dominus non patiatur, & locator paratus ſit aliam habitationem non minus commodam praeſtare, aequiſſimum*

eſſe

(a) *L. ſi quis domum 9. pr. ff. locat.*

esse ait, absolvi locatorem. O quanto diverso dal nostro, è 'l caso di Ulpiano! Il locatore, essendo stata evitta la casa, non potea darla al conduttore, perchè *dominus*; cioè colui, che aveala evitta, *non patiebatur*, che 'l conduttor vi abitasse. In cotesto estremo caso poteva il locatore offerire al conduttore un'altra non men comoda abitazione, perchè gli riuscira impossibile dargli la casa altrui. Dunque, se non fosse stata evitta la casa, era il locatore tenuto di dargli onninamente quella casa, che si era espressa nel contratto, e non altra. Or chi è nel caso nostro il padrone del feudo di Salice? Il Principe di Squinzano. E' stato forse quel feudo evitto? No. Riesce al Pr. di Squinzano impossibile di far continuare l' affitto? Nè meno. Dunque il testo di Ulpiano apertamente gli nuoce. Nel caso di Ulpiano il locator non poteva: nel caso nostro il Principe di Squinzano non vuole. Tra 'l non potere, e 'l non volere, la distanza è infinita.

CAPO II.

A' creditori del Pr. di Squinzano non compete azione contr' al Duca di Novoli per torgli il feudo di mano.

VEdendo il Pr. di Squinzano, che a lui solo non sarebbe riuscito di torre di mano al Duca di Novoli il feudo di Salice, ha indotto alcuni de' suoi creditori a fare istanza, che si proceda a nuovo affitto, e che questo si celebri colla solennità dell'asta. Ma quale azione compete loro, e donde mai nasce? Io, ricorrendo

do colla memoria le varie classi delle moltissime azioni della Legge, e le diverse cause di esse, finora non l' ho trovata. Se ci fosse, esser dovrebbe una di quelle, che chiamansi *rescissorie;* poichè, essendo, come si è detto, valido il patto, in forza di cui vuole il Duca di Novoli continuar l' affitto, non possono i creditori pretendere, che nuovo affitto si faccia, se prima non si rescinda per qualche azione l' affitto già fatto col Duca. Or tra le azioni rescissorie, cotesta azione non ci è.

Ma ci è *concorso*, ed *urgenza* di creditori, e giunge l'*attrasso* a molte migliaja di ducati.

A cotesto argomento, in cui solo i creditori si ap-
31 poggiano, renderò più risposte. In primo luogo rispondo, che nel solo caso della deduzion del patrimonio si risolvono gli affitti fatti dal debitore, e si ordinano i nuovi a nome del Magistrato; perchè, interdetta, in quel caso, al padrone l' amministrazion di sua roba, comincia un nuovo stato di cose, e 'l tutto vien sotto il sequestro, siccome ha distintamente mostrato il nostro Carlantonio de Rosa (*a*). Ma non ci è nel caso nostro deduzion di patrimonio. Ecco la fede, che d' ordine del Sign. Commessario ne fa lo Scrivano della causa: *Fo fede io sottoscritto Scrivano ec....* Or dov' è la deduzion del patrimonio? Dov'è 'l nuovo stato delle cose? Tanto è lontano, che ci sia *deduzion di patrimonio*, che anzi, non ce n' è nè men la figura, concioschè non ci sia nè curatore, nè procuratore *nomine omnium*, nè decreto di *discussione*, nè *graduazione*, nè *relazione* di creditori. Tanto è lontano, che lo stato delle cose si sia mutato in modo, che possa oggi giovare a' creditori; che anzi, dove nel tempo de' contratti del Duca di Novoli eravi la *Soprantendenza*, questa fin dall'anno 1749. è cessata:

e te-

(a) *Prax. civ. decret. cap.* 1.

e teſtimonianza ne rende lo ſteſſo Scrivano della cauſa.

In ſecondo luogo riſpondo, che *l' urgenza*, e l' *attraſſo*, donde i creditori traggono argomento in lor pro, ſono effetto della ſola loro negligenza. Primachè ciò ſi 32
dimoſtri, è da premettere una maſſima indubitata di Legge, che trovaſi in molti luoghi delle Pandette. Soccorron le Leggi *non negligentibus, ſed neceſſitate rerum impeditis* (a): e nominatamente, de' creditori parlando, 33
ſcrive Scevola non eſſer da favorire coloro, che han traſcurato di eſigere: *id enim ſuae negligentiae expenſum ferre debent* (b): anzi ci è luogo in Legge, ov' è ſcrit- 34
to, che la negligenza del creditore, quando coſtui vuole incomodare il terzo per riſcuotere quel, che dal principal debitore riſcuoter poteva, è tanto al dolo vicina, che aſſi per dolo: *Dolus eſt non exigere, quod potes exigere* (c). Così 'l Rovito: *Quando creditor eſt negligens in non exigendo a principali debitore, exiſtente ſolvendo, talis negligentia habet admixtum dolum; ergo talis negligentia non debet operari contra tertium, de hujuſmodi dolo non participantem* (d): e 'l giudizioſiſſimo Card. de Luca: *Habemus in jure punitam creditoris negligentiam, ut contra fidejuſſores, vel tertios poſſeſſores actio denegetur, quando poterat a principali ſatisfactionem debiti obtinere, & neglexit* (e). E comecchè la dottrina del Rovito, e del de Luca non riſguardi propriamente il noſtro caſo, nondimeno la ragione è la ſteſſa. Nel caſo, che trattan que' due, non può 'l creditore incomodare il terzo, perchè

(a) *L.* 16., *&* 26. §. 9. *ff. ex quib. cauſ. major. L.* 63. §. *pen. ff. ad Trebel.*

(b) *L.* 24. *ff. quae in fraud. cred.*

(c) *L. dolus* 44. *ff. mand.*

(d) *Deciſ.* 43. *n.* 3.

(e) *De fideic. diſc.* 161. *n.* 4.

chè poteva esigere dal debitor principale, e nol volle. Nel caso nostro, i creditori, che oggi incomodano il Duca di Novoli, poteano, e non vollero esigere dal Pr. di Squinzano, come or'ora dimostrerò. Anzi men duro è'l nostro caso, che'l caso del Rovito, e del de Luca. Nel nostro non si era il Duca di Novoli obbligato a' creditori: in quell'altro caso erasi il fidejussore al creditore obbligato: e pur la costui negligenza libera il fidejussore. Si mostri ora, quanto negligenti sieno stati, e sien tuttavia i creditori della casa di Squinzano. Molti, e molti anni son corsi da che la Casa di Squinzano soggiace al peso di que' medesimi debiti, onde oggi è gravata: e nel corso di tempo sì lungo, i creditori non si han dato il pensiero di formare un'istanza per la relazione de' loro crediti: nè han curato, che la roba del comun debitore si sottoponesse a sequestro. Il sequestro del solo feudo di Guagnano fu fatto ad istanza di alcuni pochi di essi. E perchè non ne fecero ordinare anche la vendita? Di quel tempo, ben si potean vendere i feudi della Casa di Squinzano: e se oggi non possan venderſi, perchè l'odierno Principe ancor non ha figli, qual divieto ci è, che non si espongano a vendita gli allodiali? Ma io vo' andare anche più in là. Ben sanno i creditori, che l'amministrazione di tutti i beni feudali, e burgensatici fu data ad istanza del medesimo debitore a D. Giuseppe Bottaro Madalo vassallo del Pr. di Squinzano. L'essersi data cotesta amministrazione ad istanza del debitore, ed a un vassallo, dovea fargli entrare in qualche sospetto, che gran parte delle rendite sarebbe stata tolta loro, e data al debitore, perchè vivesse con agio. Ma i buoni creditori non ne presero alcun sospetto, e seguentemente non si son mai brigati di quel, che l'amministrator si facesse. Se a ciò avesser posto pensiero, non ci sarebbe oggi quella *urgenza*, e quel-

l'*as-*

l' *attraſſo*, che ci è. Ma ſi faccia ſapper loro, qual ſia la vera rendita della caſa di Squinzano: e ſappiano ora da me quel, che doveano eſſi ſaper da gran tempo. Lo Scrivano della cauſa, d' ordine del Sig. Commeſſario, fa fede, che la rendita de' feudi di Guagnano, di Squinzano, e di Campi, ſecondo gli affitti, che ſe ne ſon fatti, ſono annui 6900.: e che giuſta l' apprezzo del Tavolario Manni (apprezzo, che nella preſente cauſa cotanto piace al Pr. di Squinzano, ed a' di lui creditori) ſono annui 8112.79. Non ſe ne anno a dedurre peſi, perchè negl' iſtrumenti degli affitti gli tolgono ſopra di ſe i conduttori, e nell' apprezzo gli deduce il Tavolario Manni. Or ſe ſi voglia ſtare all' apprezzo, aggiungendoſi agli annui 8112. 79. gli annui 3373., che 'l Duca di Novoli paga per l' affitto di Salice, l' annua rendita ſarebbero 11485. 79.: ſe poi ſtar ſi voglia agli affitti, ſarebbero 10273. Fa fede il medeſimo Scrivano, che le annualità dovute a' creditori, compreſi in eſſe annui duc. 500., vitalizio della Principeſſa Bozzi Colonna, ſono annui 6166. 11. Dunque, attendendoſi la rendita ſecondo gli affitti, eran d' avanzo annui 4106. 89., ed attendendoſi la rendita ſecondo l' apprezzo, avvanzano annui 5319. 68. da poterne uſare il debitore. Perchè dunque non ſi ſon pagate a' creditori le annualità? E come a tante migliaja è giunto l' *attraſſo?* La coſa è chiara. Non baſtavano al Pr. di Squinzano nè gli annui 4106. 89., nè gli annui 5319.68.; ma ben altre annue quantità gli biſognavano, che dall' amminiſtratore, buono e fedel vaſſallo, non gli ſi poteano negare: e i creditori intanto dormivano di buon ſonno ſulla fede dell' amminiſtratore vaſſallo del lor debitore. Si può immaginar negligenza di queſta più grande? E ſarà poi giuſto, che la pena di sì grave negligenza de' creditori, e della poco buona fede dell' amminiſtratore ſi porti dal Duca di

Novoli? da quel Duca, che con buona fede, e coll'autorità del Sign. Conſigliere D. Antonio Maggiocca Soprantendente della caſa di Squinzano ha dato il ſuo danaro con eſpreſſo patto dell'affitto di Salice, ſenza cui non l'avrebbe dato di certo? da quel Duca, che, accreſcendo le rendite del debitore di annui 1000., fece o quanto migliore la condizion de' creditori? Se ciò non è giuſto per le coſe dette ſinora, è molto men giuſto per quel, che ſon per ſoggiungere. La moleſtia, che daſſi oggi al Duca, gli ſi dà per mera *emulazione*: la qual coſa, come ciaſcun sa, dalle Leggi non ſi permette. E' gran tempo, che da' Principi di Squinzano ſi ſtudia il modo da nuocere al Duca. Sin da che ſi fece l'apprezzo dello Stato di Squinzano, ſi apparecchiarono inſidioſamente le armi da offenderlo. A tutti i feudi, eccettone il ſolo Salice, ſi dà 'l prezzo ſecondo le vere rendite. La rendita del ſolo Salice ſi accreſce di annui ducati 500. *per le diligenze fatte* dal Tavolario, ſenza che ſi dica, quali furono coteſte diligenze. E perchè nell' apprezzo del ſolo Salice le *diligenze* ſi fanno, e non ſi fanno nell' apprezzo degli altri feudi? Perchè 'l ſolo feudo di Salice dovea torſi di mano al Duca, e ſi credea, che baſtaſſe la maggior rendita a far che 'l perdeſſe. In fatti ſul ſolo motivo della maggior rendita ſi è fabbricato il proceſſo, e la pruova di coteſta maggior rendita dall' apprezzo del Manni principalmente ſi è tratta. De' creditori poi della caſa di Squinzano, de' quali ben grande è 'l numero, appena quattro ſi ſon laſciati indurre dal Pr. di Squinzano a comparire in giudizio, pretendendo, che, reſciſſo l'affitto fatto col Duca, ſi proceda a nuovo affitto colle ſolennità dell' aſta. Sperano eſſi, che l'emulazione degli oblatori ne abbia cotanto ad accreſcere il fitto, che ſi paghi loro l' *attraſſo*. Ma queſto più agevolmente ſi pagherebbe loro, eſponendoſi a fitto gli

altri

altri feudi della casa, donde molto più si ritrae, che dal solo feudo di Salice. E perchè la stessa istanza non fanno per gli altri feudi amministrati dal vassallo del Pr. di Squinzano? Perchè si vuol compiacere al Principe, e si vuol nuocere al Duca. Ma ecco un chiarissimo indizio dell' animo del Pr. di Squinzano, e de' quattro creditori, che son d'accordo con lui. Due di essi, cioè 'l Duca di Campomele, e 'l Paladino, non anno di che dolersi. Il Duca di Campomele non è creditore di *attrasso:* nè al Paladino si debbono annualità. Dunque di che si dolgono? che vogliono essi dal Duca di Novoli? Il S. Consiglio intende bene quel, ch' essi vogliono; ma farà riuscir vani i loro disegni. Così spera il Duca di Novoli, cui è ben nota la somma giustizia di que' Signori, che debbono della presente causa giudicare.

Di Casa il dì 14. del mese di Febbrajo dell' anno 1757.

Per Domenico Berardi contra gli eredi di Antonio Scaravaglione.

ARGOMENTO.

Si esamina, se l' annuo estaglio di un affitto debba pagarsi giusta la somma spiegata nell' istrumento del contratto di locazione, oppure pagar si debba giusta la maggior somma dichiarata da uno de' soci conduttori in una privata scrittura posteriore al suddetto istrumento di locazione.

SOMMARIO.

1 *DElla pratica, onde verificanſi gli albarani.*

2 *Quel che nell' iſtrumento ſi è ſcritto, aſſi ad attendere, e non già quel, che nell' animo ha avuto uno de' contraenti.*

3 *Qual ſia il parlar* perfuſorio : *ed a chi nuocer debba :* Ved. il num. ſeg.

5 *Se poſſa venirſi contra la propria confeſſione: e diſtinguesi quando ſiaſi confeſſato il fatto d' altrui, e quando il fatto proprio.*

6 *La confeſſione* tacita *ed* implicita, *nuoce ſolamente tra le ſteſſe parti; ma l'* eſpreſſa, *nuoce anche in altro giudizio, e tra perſone diverſe:* Ved. il num. ſeg.

8 *Perchè ſia valido l' atto dal procurator fatto ſenza ſpezial mandato, uop' è, che 'l principale il ratifichi.*

9 *Il mandato, e 'l ratificamento del principale riguardante l' atto dal procurator fatto, debbonſi provare, e nel dubbio non ſi preſumon giammai.*

10 *La ſcienza, ſe concludentemente non pruovaſi, non ſi preſume.*

11 *La legge non preſume, che ſiaſi fatto, quel, che di rado ſi fa; ma quel, che 'l più delle volte ſi fa.*

12 *Della cautela da uſarſi, quando nelle pubbliche ſcritture vogliaſi ſpiegare altro da ciò, che ſi abbia nell' animo.*

13 *Non altro ſono le preſunzioni, che congetture tratte da quel, che più frequentemente accade.*

14 *Qual ſia la ſcienza* preſunta *e* congetturale ; *e qual ſia l'* eſpreſſa, *e* certa. *Come aſſi a provar l' una, o l' altra; e quando ricercaſi la pruova preſuntiva, o la certa, ed indubitata.*

15 *Non alle ſemplici fedi, ed atteſtati aſſi a credere,*

ma

ma a' teſtimonj eſaminati dal Giudice.

16 Il detto di un ſolo teſtimonio non fa pruova.

ALLEGAZIONE VII.

IL dì 15. del meſe di Novembre dell' anno 1749. ſi ſtipulò iſtrumento tra 'l Principe di Tarſia D. Ferdinando Vincenzo Spinelli, e 'l Dottor D. Andrea Romolo, *meſſo ed internuncio* del magn. Antonio Scaravaglione. Si celebrò in eſſo un contratto di *locazione*, e ſi promiſe un mutuo. Diè a fitto per anni quattro, *due di fermo*, e *due di riſpetto*, il Principe di Tarſia ad Antonio Scaravaglione le rendite di Tarſia, di Terranova, e di Spezzano per annui duc. 6738. 25.: e poichè avrebbe lo Scaravaglione ratificato l'iſtrumento, ſi obbligò di dargli a mutuo *per dote de' ſuddetti feudi* ducati 4000. pe' primi due anni, ed altrettanti per gli altri due, da reſtituirgliſi a 2000. l'anno. Lo Scaravaglione ratificò l'iſtrumento il dì 26. dello ſteſſo meſe: e ſeguentemente nel dì 9. del meſe di Gennajo dell' anno 1750. pagò 'l Principe di Tarſia per lo Banco della Pietà i ducati 4000. pe' primi due anni. Ma tra 'l dì 26. di Novembre, e 'l dì 9. di Gennajo due altre ſcritture ſi fecero, l'una nel dì 25. di Decembre, l'altra nel dì 4. di Gennajo. Fu la prima un iſtrumento di ſocietà, in cui lo Scaravaglione *aſſociò per lo terzo dell' affitto* il magn. Domenico Berardi: fu la ſeconda un albarano tra 'l Principe di Tarſia, e 'l Dott. Romolo, nel quale ſi dichiarò, che 'l mutuo promeſſo nell' iſtrumento, vero mutuo non era: che la partita del Banco ſarebbe ſtata *paſſatora*: che 'l mutuo ſi ſimulava *per alcuni giuſti fini* di eſſo Principe: e che aveano i contraenti avuto nell' animo di dare, e di torre a fitto le rendite de' tre ſuddetti feudi per an. 8738. 25. Durò coteſta *locazione* ſoli due anni,

ni, per cui pagò 'l Berardi la terza parte degli annui ducati 6738. 25. giusta il convenuto nell'istrumento del dì 15. di Novembre. Gli altri 4000. di più per que' due anni, furono dallo Scaravaglione pagati al Principe di Tarsia non senza strepito giudiziario. Or pretendono gli eredi dello Scaravaglione, che 'l S. Consiglio condanni il Berardi a pagar, come socio, il terzo de' suddetti duc. 4000. Spera, per contrario, il Berardi, per cui scrivo, che l'abbia il S. Consiglio ad assolvere, o sia vero il mutuo, o nò.

CAPO I.

Nel caso, che 'l mutuo sia vero, non deve il Berardi pagare il terzo de' ducati 4000.

E' Massima indubitata di Legge, che niuno può essere obbligato a più di quel, che ha promesso: e niuno può esser condannato per altra causa, che per quella, per cui si è obbligato. Or che promise il Berardi, e per qual causa si obbligò? Promise il *terzo*: e si obbligò di pagarlo come *fitto*. Quanto sia cotesto *terzo*, nell'istrumento della società non si dice espressamente: ma, leggendosi quivi, che avea lo Scaravaglione *preso l'affitto dal Sig. Principe di Tarsia a pagare per ogni anno la somma descritta nello strumento, al quale in omnibus s' abbia relazione*; perchè possa determinarsi, quanto sia il *terzo* dal Berardi promesso, è uopo, che leggasi l'istrumento tra 'l Principe di Tarsia, e lo Scaravaglione.

Questo è l'istrumento del dì 15. del mese di Novembre dell'anno 1749., dove, secondochè ho detto, si celebrò un contratto di *locazione*, e si promise un mutuo.

tuo. Per fitto si promisero dallo Scaravaglione al Principe di Tarsia annui duc. 6738. 25.: per causa di mutuo si promisero dal Principe allo Scaravaglione annui 4000. pe' primi due anni. Or se la società fu contratta per la sola *locazione*, e non per lo mutuo: e se per lo fitto si dovean pagare annui 6738. 25., al terzo di cotesta sola somma era tenuto il Berardi: e cotesto terzo l' ha egli di già pagato. Come dunque si può pretendere, che 'l Berardi, che ha per se due pubblici istrumenti, si condanni a pagare il terzo de' 4000. ducati?

A cotesti due pubblici istrumenti oppongono gli eredi dello Scaravaglione l' albarano del dì 4. di Gennajo dell' anno 1750., nel quale dal Pr. di Tarsia, e dal Dottor Romolo, in nome dello Scaravaglione, si dichiarò, che 'l mutuo si era simulato per alcuni onesti fini, e che veramente si dovean pagare per lo fitto annui 8738. 25., non 6738. 25., com' erasi detto nell' istrumento del dì 15. del mese di Novembre.

Cotesto albarano al Berardi non nuoce. E come potrà un albarano, ch'è privata scrittura, torre la forza a due pubblici istrumenti? E quando anche non favorissero al reo coteste due solenni scritture, pretenderà l'attore, che dee pienamente provare la sua intenzione, che sulla fede d' un semplice albarano si condanni il Berardi? Ma l'albarano, a giudizio del mio dotto Contraddittore, si è verificato. Così egli scrive nella seconda pagina di sua Scrittura, e cita il foglio 54. del processo corrente. E che ci è in quel foglio? Una testimonianza, che rende il Notajo Felice Campanile, che l' albarano, a lui presentato, era quello stesso, che aveva egli distesо. E basta ciò, perchè un albarano si possa dire verificato? La pratica della verificazione degli albarani all' espertissimo Avversario è ben nota. Datosi il termine per la verificazione, si debbono esaminare il

No-

Notajo, e i teſtimonj, che han ſottoſcritto l'albarano: indi s'interpone decreto dichiarante, eſſer vero (*a*). Nel caſo noſtro non ſi diè termine per la verificazione. Nel ſuddetto fogl. 54. ſi eſaminò il ſolo Notajo: e de' due teſtimonj Filippo Giorgio Fughi, ed Andrea Giuſeppe Filiberto, che ſottoſcriſſero l'albarano, fu eſaminato ſolamente il primo: nè poi s'interpoſe alcun decreto. Ma che che ſia della verificazione del ſuddetto albarano, come potrà nuocere al Berardi, quandochè nel tempo dell'iſtrumento della ſocietà non ſi era ancor fatto? La ſocietà ſi contraſſe nel dì 25. del meſe di Decembre dell'anno 1749.: l'albarano ſi ſcriſſe 10. dì dopo. Or come potrà giovare allo Scaravaglione; e nuocere al Berardi quella ſcrittura, che non era al mondo? Ma di quel tempo eſſer potea nella mente dello Scaravaglione. Il
2 vo' conceder per ora. Ma dove ſi tratta di obbligare altrui, ſi deve attender ſolamente quel, che ſi è ſcritto nell'iſtrumento, non quel, che avea nell'animo uno de' contraenti: *Viſum eſt*, dice la Ruota Romana (*b*), *extenſionem non eſſe admittendam, quum agatur de materia obligatoria, nec aliud eſſe inquirendum praeter id, quod in inſtrumento eſt ſcriptum*. Oltrecchè, quando lo Scaravaglione aveſſe avuto nell'animo quel, che poi ſi ſpie-
3 gò nell'albarano, dovea chiaramente eſprimerlo nell'iſtrumento della ſocietà, e non uſare quel parlar *perfuſorio*, come il chiamano i Romani Giuriſconſulti (*c*): *Nello ſcorſo meſe di Settembre preſe l'affitto a pagare per ogni anno la ſomma deſcritta nello ſtrumento: nel quale affitto è venuto a convenzione con Berardi di aſſociarlo nel terzo*. Chi parla così, *rem totam non aperit, ſed diſſimulat*,

(a) *Marad. de liquid. inſtr. cap.* 12. *n.* 12. *ad* 15.
(b) *In recent. p.* 1. *dec.* 403. *num.* 1.
(c) *L. qui libertatis* 69. §. *pen. ff. de evict.*

lat, aut reticet aliquid, come ſcrive il Cujacio (*a*): e coteſto parlar *perfuſorio*, ed oſcuro, dee nuocere allo Scaravaglione, per l' antica regola dataci da Papiniano (*b*): *Veteribus placet, pactionem obſcuram, vel ambiguam venditori, & qui locavit, nocere: in quorum fuit poteſtate legem apertius conſcribere:* regola dal venditore, e dal locatore diſteſa a' contraenti di qualunque genere (*c*). Due illuſtri eſempj di parlar *perfuſorio* trovo in un luogo di Modeſtino (*d*), e vi leggo le ſeguenti parole: *Generalis adjectio ad ea, quae ſpecialiter novit qui vendidit, nec excepit, pertinere non debet, ne alioquin emtor capiatur, qui fortaſſe, ſi hoc cognoviſſet, emturus non eſſet:* cui, comentando il Baldo, ſcriſſe: *Qui ſcit, debet clare, & ſpecialiter loqui, non ſub verbis generalibus, & confuſis.*

Finalmente oſtano agli eredi dello Scaravaglione le confeſſioni da coſtui fatte in giudizio. Non avendo lo Scaravaglione fatti al Principe di Tarſia i pagamenti convenuti nell'iſtrumento del dì 15. del meſe di Novembre, ricorſe più volte il Principe alla G. Corte della Vicaria, e domandò per più iſtanze, che lo Scaravaglione pagaſſe: e per più decreti della G. Corte confermati dal S. Conſiglio, fu coſtretto a pagare. Il Principe di Tarſia chiaramente ſpiegò nelle ſue iſtanze quel, che gli ſi dovea così per fitto, come per mutuo. E lo Scaravaglione, che oppoſe nelle ſue? Oppoſe la ſoddisfazione di quanto dovea per tutto il primo anno, ed aggiunſe, che aveva ancora pagato una parte di quel, che dovea per l'anno ſeguente. A moſtrare l' intero pagamento per lo primo anno, produſſe un bilancio ſcritto di mano del Berardi,

(a) *In L. veteribus 39. de pact. ex lib. 5. quaeſt. Papin.*
(b) *In d. L. veteribus.*
(c) *Vinn. de pact. cap. 4. num. 20.*
(d) *In L. quaero 39. de act. emt.*

ove si legge: *Per quanto importa l' AFFITTO de' feudi, cioè Tarsia, Terranova, o Spezzano, terminato in Agosto, duc. 6738.* Per rispetto del mutuo, apertamente il distinse dalla *LOCAZIONE*, dicendo in un'istanza, che *prese in AFFITTO dal Pr. di Tarsia le Terre di Terranova, Tarsia, e Spezzano, alla ragione di duc. 6738. 25. per anni due, e duc. 2000. del saputo MUTUO.* Anzi in un'altra istanza disse *non essere seguito il pagamento del mutuo, e non dovere la somma pretesa.* Dunque confessò lo Scaravaglione in giudizio, che i 4000. ducati non eran parte del fitto, ma danaro, che gli si doveva per mutuo, e che cotesto danaro non si era da lui ricevuto. E come ora pretende, che sieno parte del fitto? Come ne pretende dal Berardi il terzo, se, non avendolo egli ricevuto dal Principe di Tarsia, non potea farne parte al Berardi? Le confessioni nocciono a chi le fa, massimamente quelle, che si fanno in iscritto, perchè si han come fatte più pensatamente (*a*): e quelle, che si fanno del fatto proprio; poichè, sebbene sia da presumere, che uom possa facilmente errare nel fatto alieno, non si presume però, che nel fatto proprio
5 facilmente s'inganni: il perchè ben consenton le Leggi, che chi ha confessato un fatto non suo, possa venire contra la sua confessione; ma nol permettono a chi ha confessato il proprio fatto: *Etiamsi*, dice la Ruota Romana (*b*), *veniret contra confessionem suorum auctorum, nihilominus esset audiendus, quia, quum illa non versetur circa proprium factum confitentium, sed alienum, super quo error de facili cadere potuit, constito de illo, adversus confessionem venit succurrendum.*

6 Nè mi si dica, che la confessione dallo Scaravaglione

(a) *Menoch. lib. 2. præsumpt. 61.*
(b) *In recent. part. 14. decis. 105. n. 9.*

ne fu fatta nella lite, che ebbe col Principe di Tarſia: e che la confeſſione nuoce ſolamente tra le ſteſſe parti; poichè ſi vuol diſtinguere la confeſſione implicita, e tacita, dalla eſpreſſa. Della prima; è vero quel, che ſi dice: ma la ſeconda nuoce anche in altro giudizio, e tra diverſe perſone. Così maeſtrevolmente inſegnò Anton-Capece (*a*): *Licet confeſſio facta in una cauſſa probet in alia, etiam inter alias perſonas, tamen illud non habet locum in confeſſione implicita, nec etiam in confeſſione tacita.* E ciò tanto è vero, che, ſe abbia taluno eſpreſſamente confeſſato qualche coſa in un giudizio, come teſtimonio; la confeſſione gli nuoce in altro giudizio, tuttochè in in eſſo ſia principale. Così ſu deciſo nel Senato Mantuano appreſſo il Surdo (*b*): e tra le ragioni, in cui la deciſione ſi appoggiò, vi fu la ſeguente, tratta da' veri principj della Romana Giuriſprudenza (*c*): *Teſtis non poteſt impugnare ipſam depoſitionem, niſi arguat turpitudinem propriam, quod non licet, L. quum profitearis C. de rev. don. cap. inter dilectos de donat.: & nimis indignum eſt, quòd proprio quis teſtimonio reſiſtat, L. generaliter in fin. C. de non num. pec., & qui alii fraudem facit, fraudem patiatur, L. ſed & partus §. 1. ff. de eo, quod. met. cauſ.* 7.

(a) *Deciſ.* 71. *n.* 5.
(b) *Deciſ.* 309.
(c) *d. deciſ. n.* 16.

CAPO II.

Anche quando il mutuo ſia ſimulato, e i 4000. ducati ſien parte del fitto, ſecondochè diceſi nell' albarano, il Berardi non dee pagarne il terzo.

SIccome non ci è obbligazione ſenza conſenſo, così non ci è conſenſo ſenza ſcienza. Dunque, ſe io dimoſtrerò, che'l Berardi non ebbe ſcienza dell' albarano, ne ſeguirà certamente, ch' e' non poteva eſſer per quello in alcun modo obbligato.

A moſtrare, che'l Berardi nol ſeppe, gioverà d' aſſai, che ſi moſtri, che nol ſeppe nemmeno lo ſteſſo Scaravaglione. De' teſtimonj prodotti dal Berardi, due dicono di aver pubblicamente inteſo dire, che lo Scaravaglione dolevaſi del Pr. di Tarſia, e del Dottor Romolo, che per *colluſione* gli volean *truffare* duc. 4000: altrettanti di averlo inteſo dire dal Prete D. Gennaro Scaravaglione, figlio d' Antonio, nell' anticamera del Principe della Scalea: ſei altri di averlo inteſo dire dal medeſimo Antonio: le quali doglianze moſtran chiaro, che l' albarano ſi foſſe fatto, ſenzach' e' nulla ne ſapeſſe. A coteſte teſtimonianze, aggiunge gran forza un atteſtato del Notajo Filippo la Regina, teſtimonio, di cui lo ſteſſo Antonio Scaravaglione nella preſente cauſa ſi vale. Dice il Notajo, ch' eſſendoſi da lui portato Antonio Scaravaglione, ed eſſendoſi moſſo il ragionamento de' duc. 2000., che pretendeva per lo primo anno il Principe di Tarſia, oltre il fitto convenuto nell' iſtrumento, *eſſo Sca-*

ra-

ravaglione disse, non saperne cosa veruna, nè aveva data facoltà alcuna al suo procuratore di stipulare altra scrittura con detto Sign. Principe, e che di questo ne volea far ricorsi ne' Tribunali superiori.

Quel, che dicono i testimonj, si conferma per tre fortissime congetture. La prima è. Per l' albarano del dì 4. del mese di Gennajo si dichiarò l' animo dello Scaravaglione, e gran pregiudizio gli si fece, poichè dove colui per l' istrumento del dì 15. del mese di Novembre, ratificato nel dì 26, pagar dovea duc. 6738., fatto l' albarano, ne avrebbe dovuto pagare 2000. di più. Or si sa, che 'l procuratore non può, senza special mandato, dichiarar l'animo del principale, o far cosa, onde al principale grave pregiudizio si apporti: e quandochè non ci sia quel mandato, richiedesi, che dal principal si ratifichi quel, che si è fatto dal procuratore (*a*). Era dunque mestieri, che s' inserisse nell' albarano il mandato speciale dallo Scaravaglione dato al Romolo, od almen si dicesse, in qual tempo, e da qual Notajo si era stipulato: o doveasi l' albarano ratificare, come fecesi dell' istrumento del dì 15. del mese di Novembre. Ma nel caso nostro manca del tutto il mandato speciale: manca del tutto il ratificamento dell' albarano. Che assi dunque a credere? E' comun sentimento de' Dottori, che 'l mandato, e 'l ratificamento dell' atto si debbon provare, e, nel dubbio, non si presumon mai (*b*). E' ancora dottrina ricevutissima, che la scienza, se non si provi concludentemente, non si presume (*c*). Dunque fino a che l' Avversario non provi il mandato speciale dato al Romolo, o 'l 8 9 10

(a) *Golin. de procurat. p. 2. c. 4. n. 44. & 177.*

(b) *Mascard. de probat. vol. 2. concl. 1006. & vol. 3. concl. 1262.*

(c) *Gratian. discept. forens. c. 758. num. 9.*

o'l ratificamento, o la ſcienza dello Scaravaglione; la Legge vuol, che ſi creda, eſſerſi fatto l'albarano dal Romolo ſenza ſaputa del principale: e nel caſo noſtro non baſterebbe la ſcienza *preſunta*, ma richiederebbeſi una ſcienza certa ed indubitata, poichè avrebbe lo Scaravaglione perduto per l'albarano un diritto, che avea per l'iſtrumento acquiſtato, ſecondochè diraſſi più giù.

11 La ſeconda congettura è. Non preſume la Legge, che ſi ſia fatto quel, che di rado ſi fa, ma quel, che
12 ſi fa il più delle volte (*a*). Or quando gli uomini vogliono ſpiegare nelle pubbliche ſcritture altro da ciò, che anno nella mente, ſenzachè quel, che quivi ſi eſprime, rechi lor pregiudizio, qual cautela e' ſon ſoliti di uſare? D'ordinario dichiarano l'animo loro in una privata ſcrittura, primachè ſi ſtipuli il pubblico iſtrumento. Non mai, o ben di rado, la dichiarazion dell'animo ſi fa dopo, che'l pubblico iſtrumento ſi è ſtipulato, dappoichè ſtipulato il pubblico iſtrumento, ſe uno de'contraenti non vuole, non ſi può coſtringere a dichiarare quel, che nel tempo dell'iſtrumento ſi è avuto nell'animo. Or eſſendoſi fatto l'albarano ben cinquantadue giorni dopo l'iſtrumento, in cui ſi era promeſſo il mu-
13 tuo, che aſſi a preſumere? Eſſendo le preſunzioni non altro, che congetture tratte da quel, che più frequentemente accade, non ſi preſumerà certamente, che nel tempo dell'iſtrumento aveſſero i contraenti avuto nell'animo coſa da dichiarare diverſa da ciò, che nell'iſtrumento ſi eſpreſſe: e molto meno ſi preſumerà da chi conoſce il defunto Principe di Tarſia D. Ferdinando Vincenzo Spinelli. Era coſtui un accorto, e cauto Cavaliere ſopra qualunque altro. Ed è veriſimile, che un uomo sì accorto, e sì cauto aveſſe voluto per pubblica ſcrit-

(a) *L. 5. ff. de Leg.*

ſcrittura obbligarſi a dar 4000. ducati per mutuo, quandochè doveva eſſo ricevergli per fitto, ſenzachè ciò ſi foſſe dichiarato avanti, ch' e' ſi obbligaſſe? E, non potendo il Principe di Tarſia, dopo fatto l'iſtrumento, aſtringer lo Scaravaglione a far l'albarano, è veriſimile, che ſi foſſe acchetato alla ſemplice parola, che gliene aveſſe data o lo Scaravaglione, o 'l Romolo? E' veriſimile, che aveſſe voluto ſtarne a fede del Romolo, o dello Scaravaglione quel Principe di Tarſia, che, dando a fitto i medeſimi feudi al Barone D. Carlo Campagna, gentiluomo d' interiſſima fede, e, volendo nell' iſtrumento promettere un mutuo, che vero mutuo non era, non ſi credette cautelato a baſtanza per la ben nota probità di colui; ma, primachè ſi faceſſe l' iſtrumento, volle, che 'l tutto ſi dichiaraſſe in un albarano, cui ha lo Scaravaglione iſteſſo eſibito? Ed è quì ancor da notare, che 'l Barone D. Carlo Campagna era vaſſallo del Principe di Tarſia, e ne' coſtui feudi poſſedea grandiſſima roba: onde, potendone temere, e ſperare; difficilmente avrebbe mancato alla parola data: dove, per contrario, non gli era lo Scaravaglione ſuggetto in alcun modo; e perciò ben poteva impunemente deluderlo. Or ſe non volle il Principe di Tarſia ſeguir la fede di colui, che non gli avrebbe mancato, è da creder poi, che aveſſe tanto confidato in colui, che potea facilmente mancargli? Nò di certo. Dunque non ſi fece l'albarano prima dell'iſtrumento, perchè nel tempo dell'iſtrumento non avea nè 'l Principe di Tarſia, nè lo Scaravaglione coſa nell' animo da dichiarare: ed avea ben donde dolerſi lo Scaravaglione del tradimento, che 'l Romolo gli avea fatto. E poichè dell'albarano fatto tra 'l Principe di Tarſia, e 'l Baron Campagna, ſi è fatta menzione, ſe ne tragga, primachè oltre ſi paſſi, un altro argomento in confermazione della prima congettura.

Da

Da coteſto albarano ricava il dotto Avverſario, che 'l Principe di Tarſia, dando a fitto i ſuoi feudi, era ſolito di ſimulare un mutuo per ſuoi fini: ed io dallo ſteſſo albarano raccolgo, che dell' albarano fatto tra 'l Principe di Tarſia, e 'l Dott. Romolo, nulla ſeppe lo Scaravaglione. In quello intervenne, in nome del Baron Campagna, D. Michele Ripa con mandato ſpeciale a quell' atto, ed eſpreſſamente ſi diſſe, che 'l mandato ſi era ſtipulato per lo Notajo Franceſco Tomaſolo, e conſervavaſi dal Notajo Niccolò Gambardella. Se dell' albarano fatto col Baron Campagna l'Avverſario ſi vale, come di pruova della ſimulazion del mutuo; dee parimenti eſſer lecito a me di valermene, come di pruova di quel, che avevaſi a fare, perchè l' albarano fatto col Romolo ſi credeſſe fatto colla ſcienza, e col conſentimento dello Scaravaglione. Aggiunge gran lume a quel, che ſi è detto, la ſeguente rifleſſione. Quando ſi ponga, che l' albarano col Romolo ſi foſſe fatto di conſenſo dello Scaravaglione, poichè non ci ha ratificamento fattone da coſtui, aſſi ancora neceſſariamente a preſupporre, che aveſſe il Romolo antecedentemente ſcritto allo Scaravaglione, che 'l mutuo era ſimulato, e che doveaſi dichiarare, eſſer quello parte del fitto. Or quando il Romolo mandò allo Scaravaglione l' iſtrumento del dì 15. del meſe di Novembre, onde lo Scaravaglione il ratificaſſe, certamente gli ſcriſſe circa 'l mutuo; perchè colui nel medeſimo giorno, nel quale ratificò l' iſtrumento (fu coteſto il dì 26. dello ſteſſo meſe) fece per mano del Notajo Filippo la Regina ſuo procuratore ad eſigere i ducati 4000. il Dottor Romolo. Se 'l Romolo gli aveſſe ſcritto, od aveſſe colui altronde ſaputo quel, che circa que' medeſimi 4000. ducati avevaſi a dichiarare nell' albarano, l'avrebbe nello ſteſſo dì fatto ſuo ſpecial procuratore anche a quell' atto: tanto più, che non do-

veaſi

veasi menare in lungo: e seguì di fatto in capo a nove giorni.

La terza congettura è. Importava d'assai allo Scaravaglione di far noto al Berardi, che i 2000. ducati, promessigli nell'istrumento, eran parte del fitto, secondochè si sarebbe dichiarato in un albarano da stipularsi tra 'l Principe di Tarsia, e 'l suo procuratore: e gl'importava di avere onde provarlo, altrimenti avrebbe esso solo pagato quella considerevole somma, di cui doveva il Berardi pagar, come socio, il terzo. Ma lo Scaravaglione nulla ne disse nell'istrumento, nulla in altra privata scrittura. E perchè? Forse, perchè nol volle? E chi è, che non voglia fare il suo pro? Forse, perchè volle starne a fede del Berardi? E chi è, che tanto confidi in un fratello, od in un proprio figliuolo? Dunque assi a credere, ch'e' nulla ne disse, perchè nulla sapea di quel, che nove giorni dopo si dichiarò per l'albarano.

Or se dell'albarano non ebbe scienza lo Scaravaglione, molto meno l'ebbe il Berardi: e dato, che lo Scaravaglione l'avesse avuta, certamente il Berardi non l'ebbe. Che non l'avesse avuta il Berardi, si prova per quella stessa terza congettura, onde si è provato, che non l'ebbe lo Scaravaglione. Non è verisimile, che si fosse lo Scaravaglione contentato di far nota al Berardi la simulazion del mutuo in modo, che potesse il Berardi negar di saperla. Quandochè glie ne avesse data la notizia, verisimilmente l'avrebbe fatto per una privata scrittura, od almeno alla presenza di due, o tre testimonj; ma nè testimonj, nè scrittura vi adoperò: dunque è da presumere, che non gliene diè notizia alcuna: e se non glie la diè lo Scaravaglione, cui solamente importava di dargliela, molto meno è da credere, che altri glie l'avesse data. Lo stesso ancora si prova per una *protesta* del Berardi, e per la risposta dello

Scaravaglione. Avendo il Principe di Tarſia chiamato in giudizio lo Scaravaglione, come nel I. Capo di queſta Scrittura ſi è detto, lo Scaravaglione mandò ſuo figlio in Napoli, ed induſſe ancora il Berardi a venirvi per aſſiſtere alla lite. Or, il Berardi, prima di metterſi in viaggio, fece appreſſo gli atti del Notajo Giuſeppe Barletta una *proteſta* nel dì 7. del meſe di Marzo dell' anno 1751. Diſſe in eſſa, che i duc. 6738. erano il fitto, i 2000. erano un mutuo promeſſo per dote de' feudi: che eſſo avea contratta ſocietà collo Scaravaglione per la terza parte de' ſoli 6738: che tanto, e non più avea pagato; e che non avea lo Scaravaglione *preteſo da lui ſomma maggiore:* che aveva inteſo, che 'l Principe di Tarſia pretendeva dallo Scaravaglione, oltre i 6738, anche i 2000. in virtù d'un albarano: che lo Scaravaglione diceva, eſſerſi fatto quell' albarano *ſenza ſuo ordine, e mandato:* e finalmente conchiuſe, dovere il pagamento de' ſuddetti duc. 2000. *andare a carico di eſſo Scaravaglione*, ſenzachè eſſo Berardi *foſſe tenuto a contribuire cos' alcuna*. Primachè ſi venga alla riſpoſta dello Scaravaglione, io, su la proteſta del Berardi, rifletto così. Troppo chiaramente diſſe il Berardi di non ſaper nulla della ſimulazion del mutuo, e della dichiarazion fatta nell' albarano: il diſſe in iſcritto, e 'l diſſe volendo, che quella ſcrittura ſi notificaſſe allo Scaravaglione. Or ſe gliene aveſſe lo Scaravaglione data antecedentemente la notizia, non è veriſimile, che 'l Berardi in una ſcrittura, la qual dovea di ſua volontà venir nelle mani dello Scaravaglione, aveſſe con tanta franchezza detto di non ſaperne nulla; poichè ne ſarebbe ſtato di leggieri vergognoſamente smentito. Ora fu, come volle il Berardi, notificata la proteſta allo Scaravaglione. E coſtui, che riſpoſe? Forſe, che aveva egli fatto ſapere al Berardi la ſimulazion del mutuo? che l'albarano ſi era fatto

di

di ſuo ordine, e colla ſcienza del Berardi? e che 'l Berardi, oltre il terzo de' duc. 6738., di già pagato, reſtava debitore del terzo degli altri annui 2000.? Così avrebbe dovuto lo Scaravaglione riſpondere, ſe falſo era quel, che diceva il Berardi: e gl' importava di riſponder così, altrimenti potea quella proteſta ſervire al Berardi di pruova per non pagare. Ma lo Scaravaglione non riſpoſe così: ed uſando il ſuo ſolito parlar *perfuſorio* ed oſcuro, e nulla dicendo o del fitto, o del mutuo, o dell' albarano, o della ſcienza del ſocio, ſolamente riſpoſe, che, *ferendo la pretenſione del Sig. Principe l' affitto: e queſto, eſſendoſi communicato al Berardi per terza parte, ogni ragion volea, che ſiccome eſſo Berardi entrava nel terzo di tutti li lucri, così entraſſe nel terzo di tutte le ſpeſe*: e come per coteſta riſpoſta non oſcuramente moſtrò, che nulla ſi era detto al Berardi della ſimulazion del mutuo, e della dichiarazion fatta nell' albarano; così nel corſo del giudizio il confermò, nella credenza, che 'l fitto era la ſomma di duc. 6738., e che 'l mutuo era vero, ma non era ſeguito, come diſſe nelle ſue iſtanze.

Ma 'l dotto Avverſario pretende, che 'l Berardi aveſſe avuto ſcienza della ſimulazion del mutuo, e molte pruove ne reca in mezzo. Primachè io mi faccia ad eſaminarle, giova di proporre quel, che circa la pruova della ſcienza anno ſcritto i Dottori. La ſcienza o dicesi 14
preſunta, e *congetturale*, o dicesi *eſpreſſa*, *certa*, ed *indubitata*. La prima è quella, che provaſi per preſunzioni e per congetture, le quali, comechè c' inchinino a credere, che abbia taluno avuto ſcienza di qualche coſa, nondimeno ci laſcian ſempre qualche dubbiezza nell' animo: la ſeconda è quella, che provaſi per iſcritture, o per teſtimonj di certa fede. Poſto ciò, è dottrina nel foro ricevutiſſima, che quando la ſcienza del reo è 'l

fondamento della intenzion dell' attore, non basta la pruova *presuntiva*, ma richiedesi pruova certa ed indubitata. Così la Ruota Romana (*a*): *Quum intentio consistat in hac scientia, debet plene, & concludenter probari . . . . non autem praesumtive*. Così ancora il Card. de Luca (*b*): *Requiritur vera, & certa scientia, cujus concludens probatio facienda est per eum, qui eam allegat, tanquam fundamentum suae intentionis; quoniam . . . . pariter recepta est altera propositio . . . ut probatio praesumtiva non admittatur in iis, quae sunt fundamentum intentionis*. Non men ricevuta nel foro è quell' altra dottrina, che dove assi a provar la scienza, perchè taluno non acquisti un diritto, e generalmente perchè non faccia alcun lucro, basta la pruova *presuntiva*: ma, dove assi a provare, perchè talun cada in pena, o perda un diritto acquistato; e generalmente perchè abbia a sofferire alcun grave pregiudizio, la pruova *presuntiva* non basta, ma è necessaria una pruova sì certa, che non lasci dubbio nella mente del Giudice. Distinse il Riccio (*c*) cotesti due casi, *unum quando agitur de probando aliquo delicto ad effectum privationis rei, seu juris jam quaesiti . . . alterum, quando tractatur de lucro, seu amissione juris quaerendi*, e soggiunse: *In primo necessaria est plena, & concludens probatio, etiam si civiliter agatur . . . in secundo sufficit probatio praesumta*: e confermò cotesta dottrina per molte decisioni. Non altrimenti la Ruota Romana (*d*): *Quum agitur de amissione juris jam quaesiti, requiritur certa & indubitata scientia, nec praesumta videtur sufficere*. E più chiaramente, che al-

(a) *In recent. p. 5. tom. 1. dec. 103. n. 23.*
(b) *De benef. disc. 65. n. 10. & 11.*
(c) *Collectan. 1459.*
(d) *In recent. p. 2. dec. 593. n. 4.*

altri, l'accuratiſſimo Card. de Luca (a): *In graviter praejudicialibus, non ſufficit ſcientia praeſumta, vel conjecturalis, ſed debet eſſe expreſſa, & concludenter probata per actus univocos, ac bene concludentes, non autem vagos, & aequivocos*. Poichè dunque la ſcienza del Berardi è 'l fondamento della intenzione degli avverſarj, e ſi vuole per eſſa, che colui ſi condanni a pagare il terzo di ducati 4000., coſa, come ciaſcun vede, di graviſſimo pregiudizio; ſi eſamini, ſe le pruove ſiano tanto certe, quanto certe in coteſto caſo le vogliono i Dottori.

Filippo la Regina, Luzio Fazio, Gennaro Pandolfo, e'l prete D. Carlo Regina, teſtimonj prodotti dallo Scaravaglione, dicono di ſapere, che 'l Berardi ebbe ſcienza della ſimulazion del mutuo. Si aggiunge un atteſtato del Dottor Lorenzo Pieſco Governadore della Rotonda, il qual dice, che, preſenti i quattro ſuddetti teſtimonj, ſeppe la medeſima coſa.

Sarebbe queſta una pruova *concludente*, s'e' diceſſero, che alla lor preſenza fu data quella notizia al Berardi. Ma i quattro teſtimonj dicono di aver inteſo dire da D. Carlo Spinelli, che aveva egli aperto al Berardi il ſegreto: ed è coſa troppo nota, che a' teſtimonj, che dicono di aver inteſo da altrui, non ſi dee preſtar credenza. Non dice altrimenti l'autore dell'atteſtato. Dice coſtui, che ad iſtanza di Antonio Scaravaglione pregò D. Carlo Spinelli, che alla preſenza de' ſoprannominati quattro teſtimonj aveſſe detto quel, ch'*era paſſato per le di lui mani col Principe di Tarſia, collo Scaravaglione, e col Berardi*: e che 'l ſuddetto D. Carlo riſpoſe, che i duc. 4000. eran parte del fitto, e che di ciò aveva egli dato notizia al Berardi. Quando agli atteſtati tanto ſi aveſſe a credere, quanto a' teſtimonj eſaminati dal

(a) *De cred. diſc.* 75. *n.* 3.

dal Giudice contr' a ciò, che ad un Proconsolo della Macedonia rescrisse l' Imp. Adriano (*a*); pur nulla gioverebbe l'attestato del Governadore della Rotonda, come contenente quel, che 'l Governadore intese dire da altrui. In somma, i detti di que' quattro testimonj, e l'attestato del Governadore, non possono valer più, che 'l detto dello stesso D. Carlo Spinelli, la cui testimonianza, come testimonianza d'un solo, non varrebbe per nulla ne' giudizj, e nel foro. Anzi, se si fosse prodotto per testimonio esso D. Carlo, almen costui non avrebbe detto cose contrarie, come le differ coloro. Non sono i testimonj, e 'l Governadore d'accordo nè circa 'l tempo, nè circa 'l modo. Per rispetto del tempo, Filippo la Regina, deponendo sul quinto *articolo*, dice di aver inteso da D. Carlo Spinelli, che *allorchè fu pregato dal Berardi per farlo associare, gli spiegò, e dichiarò ogni cosa, che si era convenuta*. Secondo il detto di costui, seppe il Berardi la simulazion del mutuo, primachè facesse l'istrumento collo Scaravaglione. Per contrario, Luzio Fazio, deponendo sul medesimo *artic.*, dice d'avere inteso da D. Carlo, che aveva al Berardi dichiarata ogni cosa, *dopo essere stato associato*: e cotesto *dopo*, secondochè attesta il Governadore, fu lo spazio di molti giorni; poichè dice, che l'albarano fatto in Napoli 9. dì dopo l'istrumento della società, come venne nelle mani di D. Carlo Spinelli, risedente nella terra di Pappasidero, *esso D. Carlo mandollo subito all' interessati Scaravaglione, e Berardi*. Per rispetto del modo, dicono tre testimonj di avere inteso dire da D. Carlo, che aveva egli *consegnato* l'albarano al Berardi: il quarto testimonio, e 'l Governadore, dicono di aver inteso dire, che D. Carlo glie l'avea non *consegnato*, ma *mandato*: le quali due voci non vaglion

(a) *In L. 3. §. 3. ff. de test.*

glion lo ſteſſo, nè producono il medeſimo effetto. E di vero è molto più *conſegnare*, che *mandare*. Se legittimamente ſi provaſſe, che D. Carlo Spinelli *conſegnò* l' albarano al Berardi; mal potrebbe coſtui negare di aver ſaputa la ſimulazion del mutuo: ma quando *concludentemente* ſi provaſſe, che D. Carlo gliel *mandò*, ben potrebbe negare il Berardi, che gli ſi foſſe conſegnato da colui, per lo qual fu mandato.

Ci ſon due altri teſtimonj dallo Scaravaglione prodotti, Giuſeppe di Leo, e Franceſcantonio Bianchemani. Dice il primo di aver letto l'albarano datogli a leggere dal Berardi. Ma coteſto teſtimonio è 'l ſolo, che 16
così dice: e ſeguentemente al Berardi non nuoce (*a*). Il ſecondo poi giova tanto al Berardi, che par che ſia ſtato dal Berardi prodotto. E' dice, che 'l mutuo promeſſo dal Principe di Tarſia al Baron Campagna, fu parte del fitto: indi, parlando del mutuo promeſſo allo Scaravaglione, ſoggiunge: *Ed un tal diſcorſo l' ho più, e più volte fatto col ſuddetto Domenico Berardi, e l' ho ſempre eſagerato, che un tale impronto non poteva aver luogo, ma che era appunto ſiccome al trattato avuto col detto D. Carlo Campagna.* Che ſignifica quel, che dice il Bianchemani, che, ragionando egli col Berardi, *gli avea ſempre eſagerato*, che 'l mutuo era parte del fitto? *Eſagerare*, prendeſi quì nel volgar ſignificato di *ſtudiarſi di perſuadere qualche coſa ad altrui*. Or ſi sa, che le perſuaſioni ſi adoperano con coloro, che intendono altrimenti la coſa. Dunque, ſe 'l Bianchemani ſi sforzava di moſtrare al Berardi, che 'l mutuo era parte del fitto, aſſi neceſſariamente a credere, che 'l Berardi l' avea per vero mutuo: e ſeguentemente il Bianchemani dice, che 'l Berardi non avea ſcienza dell'albarano. E co'eſto teſtimonio, come quegli, ch' è ſtato dallo Scaravaglione pro-

(a) *L. 9. C. de teſt.*

Per D. Michele, e D. Gennaro Piſani contr' al Conte di Meliſa.

ARGOMENTO.

I. Si eſamina la *L. emtorem 9. Cod. de locato, & conducto*, e ſi moſtra, che tale Legge non deveſi eſtendere al ſucceſſor ſingolare *neceſſario*.

II. Se, e quando, il ſucceſſor ſingolare ſia tenuto di ſtare alla locazion celebrata coll' anteceſſore; e diſtingueſi tra 'l ſucceſſor *volontario*, e 'l ſucceſſor *neceſſario*.

SOMMARIO.

1 LA L. emtorem 9. Cod. de locato, & conducto, *non deveſi eſtendere al ſucceſſor ſingolare* neceſſario: *Ved. i num. ſeg.*

2 *Se 'l ſucceſſor ſingolare ſia tenuto di ſtare alla locazion celebrata coll' anteceſſore: e diſtingueſi tra 'l ſucceſſor* volontario, e 'l *ſucceſſor* neceſſario.

3 *La moglie, ſciolto il matrimonio, dee ſtare all' affitto del fondo dotale fatto dal marito.*

4 *Il ſucceſſor ſingolare* volontario, *non è tenuto ſtare alla locazion celebrata coll' anteceſſore:* Ved. i num. ſeg.

5 *Della ragione della differenza tra 'l ſucceſſor* neceſſario, *e 'l ſucceſſor* volontario; *onde il primo ſia tenuto, e 'l ſecondo non ſia tenuto di ſtare alla locazion celebrata coll' anteceſſore:* Ved. il num. ſeg.

7 *Migliore è la condizione di chi vuole evitare il danno, che di chi vuole far lucro.*

8 *Il fedecommeſſario chiamaſi ſucceſſor* neceſſario.

9 *Ne' fedecommeſſi ſemplici, e ne' majoraſchi d' Italia ſi*

ſuccede per trasmiſſione *dall' erede gravato al fedecommeſſario. Ne' majoraſchi di Spagna, ſuccedeſi immediatamente all' iſtitutore:* Ved. il num. ſeg.

10 *I majoraſchi d' Italia ſono ſemplici fedecommeſſi in grazia de' primogeniti, e ſi regolano ſecondo il jus comune.*

11 *Il fedecommeſſario deve ſtare alla locazion fatta dal gravato, ſe di coſtui ſia erede:* Ved. i num. ſeg.

12 *Dove il fedecommeſſario ſia erede del gravato, dee ſtare al fatto del defunto:* Ved. il num. ſeg.

14 *All' erede, che voglia contravvenire al fatto del defunto, oſta l' eccezione del dolo malo.*

15 *Il fatto proprio oſta a chicchеſſia.*

16 *La locazione di tempo lungo, non ſi ha per alienazione:* Ved. i num. ſeg.

17 *In qual caſo la dazione dell' uſufrutto ſi ha per alienazione.*

18 *Della differenza, che è poſta tra la proibizion di alienare appoſta al teſtamento, e la proibizion di alienare appoſta al contratto; e de' loro diverſi effetti.*

19 *L' enfiteuſi può farſi anche per anni diece.*

20 *Dal conſenſo permeſſivo, ſi trae la tacita rinunzia del proprio diritto.*

21 *Se, e quando, il fedecommeſſario abbia a ſtare alla locazion celebrata dall' erede gravato, o dall' anteceſſor fedecommeſſario.*

ALLEGAZIONE VIII.

NElla Scrittura del dì 21. del meſe di Febbrajo del diſcorrente anno 1761. ſi è dal mio dottiſſimo Collega chiaramente moſtrato, eſſere il Conte di Meliſa tenuto di ſtare al contratto, in virtù di cui la Principeſſa di Strongoli ſua madre diè nell' anno 1754. a fitto le tenute di Caſupeſella, di Torre Bonito, e d' Iſola

a D. Gennaro, e a D. Michele Pisani, tuttochè succeda in quelle non com' erede di sua madre, ma come nominatamente chiamato al fedecommesso primogeniale istituito dal Duca dell' Isola D. Andrea Bonito. Si è quivi maestrevolmente esaminata la *L. emtorem C. de locat.*, la quale, a prima giunta, par che osti a' conduttori, come quella, onde si trae la volgarissima regola: *Novus dominus, novus colonus*: e si è provato, che, secondo l' eccezioni in quella Legge medesima proposte, anzi lor giova, che nuoce. Ma conviene, che le si faccia una giunta.

Dalla *L. emtorem*, non si può trarre regola generale, 1
che a qualunque nuovo padrone dia il diritto di mandar via il colono. Parla quella Legge del *compratore*, vale a dire di un nuovo padrone, che riconosca il dominio da un fatto volontario dell' antecessore; il perchè non è da estendere al nuovo padrone, che non per un fatto volontario dell' antecessore, ma per necessità di Legge succede nella roba: e cotesto intendono i Dottori, quando nella controversia, se 'l successor singolare sia tenuto di stare alla locazion celebrata coll' antecessore, distinguono tra 'l successor *volontario*, e 'l successor *necessario*, chiamandolo *necessario*, o *volontario* non per rispetto di esso successore, in cui la cosa si trasferisce, ma per rispetto dell' antecessore, che o per necessità di Legge, o di sua volontà trasferisce la cosa (*a*). A cotesto modo fu 3
la suddetta *L. emtorem* interpetrata dal Bartolo, il quale, dopo di avere insegnato a tenore del testo di Paolo nella *L. si filiofam. 26. §. si vir ff. solut. matrim.*, che, sciolto il matrimonio, dee la moglie stare all' affitto del fondo dotale fatto dal marito, si oppose alcune Leggi con-

(a) *Bald. in L. divortio 21. ff. solut. matrim. num. 6. Surd. Decis. 285. n. 18. Pacion. de locat. cap. 61. n. 58.*

trarie, e nominatamente la *L. emtorem:* indi, ſeguendo la dottrina della Gloſa, riſpoſe (*a*), *Hic* (cioè nella *L. ſi filiofam.*) *in ſucceſſore, ad quem quis cogitur ex neceſſitate transferre: in contrariis vero transferebatur ex voluntate.* La medeſima diſtinzione uſarono gli altri, tra' quali è'l dotto Pietro Barboſa, le cui parole giova, che ſi traſcrivano (*b*): *Regula, quae habet, particularem ſucceſſorem non teneri obſervare locationem factam per praedeceſſorem, L. emtorem 9. C. de locato, intelligenda eſt de ſucceſſore voluntario, prout eſt emtor rei locatae: nam ſi ſucceſſor ſit neceſſarius, non procedit praedicta regula, ſed is ſucceſſor tenetur obſervare locationem factam per praedeceſſorem:* e ſoggiunſe, eſſer coteſta diſtinzione, *communem regulam & concluſionem.* La ragion della differenza, naſce dal ſeguente teſto del giuriſconſulto Cajo (*c*): *Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locavit, ſi aliqua ex cauſſa fundum, vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione & colono frui, & inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.* Ecco, che 'l colono, o l'inquilino ha l'azione contr' al locatore, che, durante il tempo della locazione, vende altrui il fondo, o la caſa. E come gli ſi può negar l'azione, ſe per un fatto volontario, e ſeguentemente per colpa del locatore non gli è più lecito di godere del fondo, o d'abitar nella caſa? Ma coteſta azione non gli competerebbe, ſe, durante il tempo dell'affitto, ſi trasferiſſe per neceſſità di Legge il dominio dall'anteceſſore nel ſucceſſore, come avverrebbe, ſe'l fondo, o la caſa per decreto ſi aggiudicaſſe al creditore, o dal gravato al fedecommeſſario

ſi

(a) *In d. L. ſi filiofam. §. ſi vir.*
(b) *In d. L. ſi filiofam. num. 1.*
(c) *In L. ſi merces 25. §. qui fundum 1. ff. locat.*

ſi reſtituiſſe; poichè non ſarebbe giuſto, che 'l locatore, ſenza ſua colpa, foſſe tenuto di rifar l'intereſſe al colono, od all' inquilino: e non competendo all' inquilino, od al colono azione, non può la Legge permettere, che laſci anzi tempo la caſa, o 'l fondo. Così ragiona il 6
ſopraccitato Barboſa (*a*): *Ideo ſucceſſor voluntarius non tenetur ſtare colono, quia imputandum eſt venditori, qui voluntarie rem vendidit, & neque pactus eſt, quod colonus non expelleretur, prout potuit, & debuit paciſci, d. L. emtorem, L. ſi merces* 28. §. 1. *ſup. locati, vel aliter jus coloni reſervare, L. ſi mercedem* §. *fin. ſup. de action. emti: quae ratio ceſſat, quando quis ſuccedit ex neceſſitate, & etiam invito locatore: & ideo quum nihil ei imputari poſſit, ſuccurritur colono, ne alias expulſus, locatorem culpa carentem, obliget ad intereſſe.* E ſi vuol quì parimente oſſervare, che nel caſo del ſucceſſor neceſſario, altri intende di far lucro, altri intende di evitare il danno. Il ſucceſſore, che vuole mandar via dalla caſa, o dal fondo l'inquilino, o'l colono, nol può volere per altro fine, che per far lucro: per contrario, il colono, o l'inquilino, non avendo azione contr'al locatore, ſarebbe in danno, e in danno ancora ſarebbe il locatore, ſe, eſſendoſi ſenza ſua colpa trasferito il dominio in altrui, foſſe tenuto all'intereſſe del conduttore. Or ſi sa, 7
che per Legge migliore è la condizione di chi vuol' evitare il danno, che di chi vuole far lucro (*b*).

Poſti coteſti principj, come ſi può pretendere, che D. Gennaro, e D. Michele Piſani laſcino anzi tempo i fondi, che tolſero a fitto dalla Principeſſa di Strongoli? Il Conte di Meliſa è ſucceduto in que' fondi alla Principeſſa ſua madre, non perchè ne abbia coſtei per alcun

ſuo

(a) *Loc. cit.*

(b) *L. rerum* 11. §. *ult. ff. de minor., & ibi Bart.*

ſuo fatto volontario trasferito in lui il dominio, ma in virtù del fedecommeſſo iſtituito dal Duca D. Andrea, ſeguentemente è ſucceſſor neceſſario, come nella Scrittura del dì 21. del meſe di Febbrajo ha 'l mio dottiſſi-
8 mo Collega chiaramente moſtrato, ſpezialmente per l' autorità del Pacione, che, dopo il Peregrino, e 'l Fuſario, ſcrive (*a*): *Fideicommiſſarius eſt de ſucceſſoribus, in quos fit translatio de neceſſitate: & ſic applicatur declaratio, quod etiam ſucceſſor ſingularis, quando eſt neceſſarius, tenetur ſtare locationi per anteceſſorem factae.*

Ma 'l fedecommeſſo iſtituito dal Duca D. Andrea, è un majorato, non già un ſemplice fedecommeſſo: ed, a giudizio di molti Dottori, è da por differenza tra l'
9 uno, e l'altro. Ne' ſemplici fedecommeſſi ſi ſuccede *per traſmiſſione* dall' erede gravato nel fedecommeſſario, il quale, ricevendogli dalla mano del gravato (*b*), è giuſto, che abbia per buono il contratto di colui. Per oppoſito, ne' majoraſchi ſi ſuccede non *per traſmiſſione* dal gravato nel fedecommeſſario, ſicchè coſtui dalla man di colui gli riceva; ma, tolto di mezzo l'ultimo poſſeſſore, ſi ſuccede immediatamente alla perſona dell' iſtitutore.

10 Riſpondo, eſſer ciò vero ne' majoraſchi iſtituiti ſecondo le Leggi particolari della Spagna, non ne' majorati dell' Italia, i quali altro non ſono, che ſemplici fedecommeſſi in grazia de' primogeniti, e ſi regolano ſecondo il jus comune. Ne renda teſtimonianza il Torre, che de' majoraſchi Italici ſcriſſe meglio, che altri. Le ſue parole ſono (*c*): *Eadem regula formanda eſt in praeſenti facti ſpecie, in qua quaeritur, an ſucceſſor in primogenitu-*

ra

(a) *De locat. cap. 61. num.* 145.
(b) *L. 2. ff. ad S. C. Trebel. L. 15. C. de fideicom.*
(c) *De ſucceſ. in majorat. p. 2. q. 7. a num.* 28.

ria teneatur ſtare locationi factae per anteceſſorem, quod, ſi agatur de primogenitura, & majoratu in Hiſpania condito, ſucceſſor non teneatur ſtare colono, quia, vigore Legis Thaurinae, capit bona vinculata non tanquam ſucceſſor gravati, ſed ex perſona primi fundatoris, perinde ac ſi bona eſſent vacantia: & eo caſu, quia poſſeſſio, quae continuatur in ſucceſſorem, talis eſt naturae, ut ſecum trahat, ne dum civilem, ſed etiam naturalem poſſeſſionem, & plenum dominium abſque ulla tranſmiſſione mediante perſona anteceſſoris, ideo non eſt inconveniens, quod non teneatur ſtare locationi per anteceſſorem factae: ſi vero agitur de majoratu, vel primogenitura Italiae, tunc, quia poſſeſſio, quae ex Italicis ſtatutis transfertur, non eſt naturalis, ſed civilis, & defertur per viam tranſmiſſionis de una perſona in aliam, & ſic ab ea eſt diſformis, quae defertur per Leges Thauri, aequum eſt, quod ſucceſſor debeat ſtare locationi factae per anteceſſorem eo modo, & forma, prout alii fideicommiſſarii ſtare teneantur ſecundum conſuetudinem noſtrarum partium, cum quibus praeſumuntur conditores primogenitarae voluiſſe ſe conformare. Dovea dunque il Duca D. Andrea eſpreſſamente dichiarare, che intendea di fondare un majorato a tenor delle Leggi della Spagna. E tanto è lontano, che aveſſe ciò dichiarato, che anzi eſpreſſamente ſcriſſe in più luoghi dell'iſtrumento, ch'e' ſottoponeva i ſuoi beni *a perpetuo fedecommeſſo:* e che volea, che *per via di fedecommeſſo* vi ſuccedeſſero i chiamati.

Si aggiungano ora due coſe, che oſtano, più che altre, al Conte di Meliſa. La prima è, che ſi è dichiarato erede della Principeſſa ſua madre, la quale, oltre l'obbligo naſcente dalla natura del contratto, eſpreſſamente ſi obbligò nell'iſtrumento dell'affitto *di mantenere, e difendere i magnifici di Piſani in detto affitto, DURANTE IL TEMPO SUDDETTO, e da quello non amo-*

amovergli, *nè fargli amovere per qualsivoglia causa*, obbligando parimente nel principio, e sul fine dell' istrumento *i suoi eredi e successori*, *e tutti i suoi beni*. Come dunque competerebbe azione a' conduttori contra la Principessa, se costei pretendesse quel, che pretende oggi il suo erede, così ora, che l' erede il pretende, dee competer loro contra l' erede. Nè perchè i fondi dati a fitto non si appartengono alla eredità della Principessa,
11 ciò può difender l' erede. Trattò cotesto caso Giambatista Ciarlino. Cosimo d' Austria avea dato a fitto un suo podere ad Ottavio Calzolari. Morì Cosimo, durante il tempo dell' affitto. Il di lui fratello Siro, come chiamato ad un antico fedecommesso, che quel podere comprendea, pretese, che 'l conduttore andasse via: ma Siro erasi dichiarato erede di Cosimo. Tanto bastò, perchè 'l Ciarlino francamente scrivesse (*a*): *Si velit considerari*, *ut heres*, *quum debeat ratum habere factum defuncti*, *nec illi possit contravenire*, *certum est*, *teneri etiam stare dic-*
12 *tae locationi*. Si aggiunge, che anche quando il gravato avesse distratto la roba soggetta al fedecommesso (ch' è molto più dell' averla semplicemente data a fitto) l' erede del gravato non può contravvenire al fatto del defunto, giusta la comune opinion de' Dottori, secondo cui, per testimonianza del Fusario (*b*), si è più volte giudicato nelle Ruote di Lucca, di Bologna, e di Roma: e lo stesso comunemente s' insegna anche ne' majorati (*c*), ne' quali, giusta le Leggi della Spagna, maggiore è 'l diritto de' chiamati, che ne' semplici fedecommessi. Nè cotesti sono semplici opinioni di Dottori, so-
13 no massime indubitate di Legge. Il giurisconsulto Ulpiano

(a) *Controv. lib.* 1. *c.* 93. *num.* 1.
(b) *De subst. q.* 557. *num.* 1.
(c) *In cit. q. num.* 3.

piano chiaramente insegnò (*a*), che se colui, ch'è tenuto di evizione o per la sua persona, o com'erede d'altrui (che per Legge è lo stesso) istituisca azione; l'eccezione l'esclude: e gl'Imperadori Diocleziano, e Massimiano rescrissero (*b*), che all'erede, che voglia contravvenire al fatto del defunto, osta l'eccezione del dolo malo. La seconda cosa è, che 'l Conte di Melisa approvò l'affitto, che la Principessa sua madre avea fatto. Nell'anno 1760. prese la Principessa a mutuo dal Monte de' Gionti la somma di duc. 5200., ed all'istrumento intervenne il Conte di Melisa emancipato dal Principe suo padre fin dall'anno 1752.: e perchè volle il Monte per sua maggior cautela, che si obbligassero D. Gennaro, e D. Michele Pisani, anche costoro v'intervennero. Così nell'istrumento del mutuo fu mestieri, che si esprimesse tutto il tenore dell'istrumento dell'affitto: e la Principessa, e 'l Conte offerirono al Monte l'obbligo de' conduttori. Ecco, che osta al Conte di Melisa non solo il fatto della Principessa, di cui è erede, ma ancora il proprio fatto, al quale molto meno può contravvenire per un altro bel luogo dello stesso Ulpiano (*c*). 14 15

Resta a sciorsi un'altra difficoltà. La locazione *ad longum tempus*, è una specie di alienazione, come quella, che trasferice nel conduttore il *jus in re*: e 'l tempo lungo, per comun sentimento de' Dottori, è lo spazio di dieci anni. Ma le tenute date a fitto per dodici anni, come soggette al majorato istituito dal Duca D. Andrea, non si poteano alienare. Dunque l'affitto da principio fu nullo.

A cotesta opposizione si risponde in più modi. L. 16

(a) *In L. vindicantem 17. ff. de evict.*
(b) *In L. quum a matre 14. C. de rei vind.*
(c) *In L. post mortem 25. ff. de adopt.*

E' un errore il credere, che la locazione per 10. anni sia alienazione. So, che 'l più de' forensi insegnan così: ma che può valere l'autorità loro contra la Legge? Abbiam noi una Costituzione dell' Imperador Giustiniano, che, parlando dell' *alienazione* vietata o dalla Legge, o dall' uomo, la distese oltre il proprio significato: con tutto ciò non ebbe l'ardimento di estenderla alla locazione *ad longum tempus*. Eccone le parole (*a*): *Sancimus, sive Lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo & servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractus, nisi in his tantummodo casibus, in quibus Constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit.* La maggiore estensione è in quella parte della Legge, ove sotto la voce *alienazione* si comprende la *dazione dell'* 17 *usufrutto*: e pure, a giudizio de' dotti interpreti, la *dazion dell' usufrutto*, allora si ha per alienazione, quando sia a vita dell' usufruttuario, nel qual caso l'usufrutto è *jus in re aliena*, non quando sia a certo tempo, od a vita del concedente, poichè allora, anzi che *jus in re aliena*, è un mero *comodo di percepire i frutti*: qual è di fatto qualunque locazione. *Alienationis nomine*, dice il Perezio (*b*), *venit omnis actus, quo rei dominium partisve ejus transfertur, etiam in usumfructum concessio, si ad vitam ejus, cui conceditur, constituatur; nam si concedatur ad vitam usque concedentis, magis assimilatur commoditati percipiendi fructus, ideoque non cadit sub probi-*

bi-

(a) *In L. ult. C. de reb. alien. non alien.*
(b) *In cit. tit. C. num.* 5.

bizione. Quindi i migliori interpetri fan le risa di que' 18
forensi, che tra le spezie dell' alienazione, noverano la locazione *ad longum tempus*. Vaglia per tutti il solo Visenbachio, che, comentando la Costituzione di Giustiniano, maestrevolmente scrive (*a*): *Locatio ad longum tempus facta, non comprehenditur alienationis verbo.*

II. Quando pur si voglia menar buono a' forensi, che la locazione *ad longum tempus* sia spezie d' alienazione, da ciò non seguirebbe, che l' affitto da principio fu nullo. Il majorato fu dal Duca D. Andrea istituito per contratto, non nel testamento. La proibizion d' alienare apposta al testamento fa, che l' alienazione sia nulla, non la proibizione apposta al contratto. Nell' assegnare la ragion della differenza son discordi i Dottori: ma nell' ammettere la differenza son quasi tutti d' accordo (*b*): ed è ben da far le meraviglie di que' pochi, che contraddicono, quandochè cotesta differenza è chiaramente espressa ne' libri della Legge (*c*).

III. Posto che l' affitto fatto contra 'l divieto d' alienare sia nullo, o che possa almen revocarsi dal successore, osta al Conte di Melisa la volontà dell' istitutore del majorato. Il contratto dell' affitto si celebrò presente, e consentendovi il Duca D. Andrea, il quale nell' istrumento della fondazione del majorato aveva espressamente voluto, che *finito l' affitto, che renea* delle tenute, ch' e' donava, *D. Giovanni della Mura, si dovesse-ro quelle affittare a persona di suo gusto e soddisfazione*,

(a) *In cit. tit. Cod.*

(b) *V. Fusar. de subst. q. 717. num. 29. & Wisenbach. in tit. ff. de legat. 1. num. 24.*

(c) *L. 1. & 2. C. commun. de legat. L. 3. C. de condict. ob caus. dat. L. 20. C. de pact. L. si ita 135. §. pen. ff. de verb. obl.*

e con suo consenso in scriptis. L' essere il fondatore del majorato, e l' autore della proibizione intervenuto all' istrumento dell' affitto: l' avere avuto scienza del tempo, per cui l' affitto si faceva: e 'l non essersi opposto, sono chiarissimi segni della di lui volontà. Dee dunque aver luogo l' eccezion proposta nella soprarrecata Costituzione di Giustiniano, *Nisi testatoris* (nel caso nostro diremo, *istitutoris*) *voluntas, quae alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit*. Almeno quinci si trae, che nel divieto, ch' e' fece di alienare, non intese di comprendere la locazione *ad longum tempus*. A confermazione di ciò, giova, che si trascrivano le parole, onde quel divieto si espresse: *Nè di essa Sig. Principessa, nè da qualunque suo figlio, o discendente, al quale perveniranno i beni donati, si possano quelli vendere, alienare, ipotecare, concedere a censo enfiteutico perpetuo, o a vita*. Proibì 'l Duca D. Andrea l' enfiteusi, la quale mestier non era, ch' espressamente si proibisse. L' enfiteusi è vera alienazione, come quella, per cui si trasferisce sempre il *jus in re*. Or qual' enfiteusi il Duca D. Andrea proibì? Non ogni enfiteusi, tuttochè sempre, e qualunque enfiteusi ha vera alienazione. Proibì la sola enfiteusi *perpetua*, od *a vita*.
19 Dunque non proibì l' enfiteusi per 30. per 20., o per 10. anni, pe' quali tempi ben può farsi, e Giovanni Arpretio il notò (a). E si crederà poi, che avesse voluto proibire la *locazione* per quel tempo, per cui non volle proibire l' *enfiteusi*? Non ci è cosa più sconcia ad udire.

IV. Ma niuna delle cose dette osti al Conte di Melisa: gli osterà di certo il proprio fatto. Nell' istrumento del mutuo, al quale principalmente intervenne, offerì egli al Monte de' Gionti l' obbligo de' conduttori, e gliel' offerì per gli anni 6. di rispetto: e ciò tanto è vero, che

(a) *In Lib. 3. Inst. §. 3. de locat. num. 95.*

che per espresso patto doveano i conduttori non prima del secondo sessennio cominciare a fare in nome della Principessa, e del Conte la restituzione del mutuo, e dovean porle fine nel mese di Agosto dell'anno 1767., ch'era il dodicesimo dell'affitto. Si sa, che 'l sedecommessario, consentendo all'atto, onde aliena il gravato la roba al sedecommesso soggetta, rinunzia a quel diritto, che gli potrebbe appartenere dopo la morte del gravato: *Qui consentit actui*, scrive il Fusario (*a*), *videtur remittere jura contra illum actum*; la qual massima è tratta da una Costituzione dell'Imperador Giustiniano (*b*), ove generalmente è scritto: *Dum alii consentit, ipse sua jura perdit*: e se n'eccettua un solo caso, se taluno consenta per necessità del proprio ufficio, e vi si reca l'esempio di colui, che consente come tutore, o curatore. Ma 'l Conte di Melisa volontariamente consentì nell'affitto fatto dalla Principessa sua madre, e non solamente vi consentì, ma ne usò ancora per suo comodo, poichè s'e' non avesse offerto l'obbligo de' conduttori per tutto il tempo dell'affitto, non avrebbe il Monte data a mutuo la somma di duc. 5200: anzi è da credere, che gli avvedutissimi Avvocati del Monte de' Gionti, non per altra ragione vollero, che l'obbligo de' conduttori si offerisse dal Conte di Melisa, se non perchè potean temere, che 'l Conte, morendo sua madre prima degli anni 12., non pretendesse di mandargli via, e mancasse così la cautela del Monte. Ciò si conferma per quell'altro patto, che si appose all'istrumento del mutuo, che dovessero *i conduttori, durante l'affitto suddetto, riconoscere il Monte come tenutario, e per signore, e padrone*: e che, *non volendo essi continua-*

re

(a) *De subst. q. 360. num. 1.*

(b) *In L. quum quidam C. de adm. tut.*

re in detto affitto per detti anni 6. di rispetto, fosse lecito al Monte, come tenutario, affittare detti feudi a chi gli paresse.

Se a coteste poche cose si aggiungano quelle molte, che leggonsi nella dotta Scrittura del dì 21. del mese di Febbrajo, spezialmente quel, che quivi è scritto per
21 l'autorità del Card. de Luca (a) della buona fede, con cui fece la Principessa l'affitto, e del gran vantaggio, che a tutta la di lei Casa ne venne, di che possono temere D. Gennaro, e D. Michele Pisani?

Di Casa il dì 10. del mese di Marzo
dell'anno 1761.

DELLE

(a) *De locat. & conduct. disc.* 24.

DELLE TRANSAZIONI.

Per D. Francesco Provenzale de' Duchi di S. Agapito contr' a' Padri Domenicani della Città di Ariano.

ARGOMENTO.

I. La transazione fatta da' Padri Domenicani della Città di Ariano, non può impugnarsi come nulla per lo difetto dell' Appostolico assenso, per la ragione, che tale transazione fu fatta colla riserva di detto assenso Appostolico, della cui impetrazione ne presero il carico gli stessi Padri.

II. Se la *L. 2. Cod. de rescindenda venditione* possa estendersi alle transazioni.

III. Si dimostra quali, e quante sieno l' eccezioni dilatorie, e perentorie, che, prima della transazione, ostavano alle due azioni istituite da' suddetti Padri Domenicani, cioè, l' ipotecaria, e la vindicazione.

SOMMARIO.

1 *CHi ha data la supplica per impetrar l' assenso, non può più rivocare quell' atto, su del quale dee l' assenso cadere; ma adoperar si dee di ottenerlo.*

2 *Quando l' assenso si è riservato, fino a che non s' impetri, resta l' obbligazione inefficace in quanto all' esercizio dell' azione, ma non vi è luogo a penitenza.*

3 *Dove gli Ecclesiastici fiansi obbligati d' impetrar l' assenso, non possono impugnar l' atto fatto per difetto del-*

lo

re in detto affitto per detti anni 6. di rispetto, fosse lecito al Monte, come tenutario, affittare detti feudi a chi gli paresse.

Se a coteste poche cose si aggiungano quelle molte,
che leggonsi nella dotta Scrittura del dì 21. del mese
di Febbrajo, spezialmente quel, che quivi è scritto per
21 l'autorità del Card. de Luca (a) della buona fede, con
cui fece la Principessa l'affitto, e del gran vantaggio,
che a tutta la di lei Casa ne venne, di che possono te-
mere D. Gennaro, e D. Michele Pisani?

Di Casa il dì 10. del mese di Marzo
dell'anno 1761.

DELLE

(a) *De locat. & conduct. disc.* 24.

DELLE TRANSAZIONI.

Per D. Franceſco Provenzale de' Duchi di S. Agapito contr'a' Padri Domenicani della Città di Ariano.

ARGOMENTO.

I. La tranſazione fatta da' Padri Domenicani della Città di Ariano, non può impugnarſi come nulla per lo difetto dell' Appoſtolico aſſenſo, per la ragione, che tale tranſazione fu fatta colla riſerva di detto aſſenſo Appoſtolico, della cui impetrazione ne preſero il carico gli ſteſſi Padri.

II. Se la *L. 2. Cod. de reſcindenda venditione* poſſa eſtenderſi alle tranſazioni.

III. Si dimoſtra quali, e quante ſieno l'eccezioni dilatorie, e perentorie, che, prima della tranſazione, oſtavano alle due azioni iſtituite da' ſuddetti Padri Domenicani, cioè, l'ipotecaria, e la vindicazione.

SOMMARIO.

1 *CHi ha data la ſupplica per impetrar l'aſſenſo, non può più rivocare quell'atto, su del quale dee l'aſſenſo cadere; ma adoperar ſi dee di ottenerlo.*

2 *Quando l'aſſenſo ſi è riſervato, ſino a che non s'impetri, reſta l'obbligazione inefficace in quanto all'eſercizio dell'azione, ma non ci è luogo a penitenza.*

3 *Deve gli Eccleſiaſtici ſianſi obbligati d'impetrar l'aſſenſo, non poſſono impugnar l'atto fatto per difetto del-*

lo

lo ſteſſo aſſenſo: Ved. i num. ſeg.

4 Come l' alienazion della roba della Chieſa, così la locazione oltre tre anni, ſenza l' aſſenſo, è nulla.

6 In quali caſi l' aſſenſo Appoſtolico ſi ha come dato, ſenza che ci abbia uopo, che eſpreſſamente ſi dia: Ved. i num. ſeg.

7 In tutte le cauſe ſi ha per fatto quello, che per altrui impedimento far non ſi poſſa; ſpezialmente, dove l' impedimento naſca dal contraente divenuto poi avverſario.

8 Dove la tranſazione ſia utile alla Chieſa, od all' alimentario, tuttochè fatta ſenz' aſſenſo, e ſenz' autorità del Pretore, è valida.

9 Le alienazioni, quandochè rieſcano utili a minori, od alle Chieſe, vagliono, avvegnachè fatte ſenza la pubblica autorità.

10 Se le tranſazioni ſi reſcindano come leſive; ſpezialmente, dove enormiſſima ſia la leſione: Ved. i num. ſeg.

11 Per la pubblica utilità non ſi attende il danno de' privati.

13 Ai minori, non altrimenti ſi ſoccorre colla reſtituzione in integrum, che, ſi grande ſit damnum.

14 Il jus ceduto, non ha preſſo il ceſſionario forza maggiore di quella, che avea preſſo il cedente.

15 In dolo è colui, che eſiger poteva, e non ha eſatto: in dolo parimenti è colui, che, potendo, non ha fatto quello, che ſapeva di dover fare.

16 Qual mai ſia quel caſo, in cui il creditore eſiger volendo il ſuo credito non ſolamente appaleſa di aver mala cauſa, ma altresì fa naſcer contro di ſe un veemente ſoſpetto di falſità.

17 Per diſmettere un picciol debito del fedecommettente, non ſi vendono con ſicurezza beni di gran valore.

18 Quando il teſtatore ſottopone a fedecommeſſo una parte de' ſuoi beni, queſta non ſi può alienare per diſmet-

terſi

terſi i debiti del fedecommettente.

19 *La roba a fedecommeſſo ſoggetta, e lecitamente alienata per diſmetterſi debiti del fedecommettente, reſta libera per ſempre; nè può il fedecommeſſario riaverla, offerendone il prezzo.*

20 *Da quali circoſtanze di fatti ſi traggono argomenti, che la tutela ſia ſtata amministrata con dolo.*

21 *Chi volontariamente dà cauſa all' evizione, o non chiama a tempo in giudizio l' autore, non ha regreſſo contr' il venditore.*

22 *Le uſure del danaro pupillare dal tutor convertito in proprio uſo, ſono uſure maggiori.*

23 *La compenſazione de' vicendevoli debiti, ſi fa* ipſo jure *da quel tempo, che cominciano: il che s' intende così del debito di uſure, che di ogni altro debito:* Ved. il num. ſeg.

25 *La compenſazione ſi fa per que' crediti, che ſon liquidi, e per quegli ancora, che poſſono facilmente liquidarſi.*

26 *La compenſazione, che per miniſterio della Legge ſi è fatta col cedente, oſta al ceſſionario, al quale poſteriormente ſiaſi fatta la ceſſione:* Ved. il num. 34.

27 *La tranſazione fatta* ſine cauſſa, *è nulla:* Ved. il num. ſeg.

28 *La ſentenza, tuttochè paſſata in giudicato, ſe ci ſia il difetto della cauſa, non ſi ſoſtiene.*

29 *La donazione non ſi preſume giammai: anzi più toſto che la donazione, preſumeſi l' error della Legge, o del fatto anche proprio.*

30 *L' alienazione di un fondo ſoggetto a fedecommeſſo, quandochè contenga leſione molto eccеſſiva, non ſi ſoſtiene, tuttochè ſia fatta per diſmetterſi debiti del fedecommettente, e con decreto di Giudice.*

31 *Alienandoſi un fondo di gran valore per diſmetter ſi*

un picciol debito del fedecommettente, ſe poſſa il fedecommeſſario rivocar l'alienazione in totum, *oppure in parte:* Ved. il num. ſeg.

32 *Nelle coſe miſte riguardaſi la cauſa, che prepondera. E così nelle umane operazioni ſi attende ſempre la parte predominante del bene, o del male.*

33 *Il Giudice, dove con chiarezza vegga di eſſer nata la compenſazione, deve* ex officio *dichiarar compenſato il debito.*

34 *L'eccezioni della compenſazione, e della coſa giudicata, come quelle, che ſono eccezioni* in rem, *oſtano al ceſſionario, tuttochè ſia ceſſionario per cauſa oneroſa.*

35 *L'eccezione del dolo, come quella, che è eccezione* in perſonam, *non oſta al ceſſionario per cauſa oneroſa. Gli oſta ſolamente nel caſo, che'l ceſſionario iſtituiſca l'azione* ex perſona cedentis.

36 *Le ceſſioni non fatte a tempo, e legittimamente, non trasferiſcono ne' ceſſionarj jus d'ipoteca.*

37 *Nel giudizio di vindicazione, quali pruove richieggansi, dove del dominio incidentemente, o principalmente ſi tratti.*

38 *Le tranſazioni non han meno di forza, che le coſe giudicate: nè ſi reſcindono per nuovi iſtrumenti, che ſianſi dappoi ritrovati.*

ALLEGAZIONE IX.

FIN dall'anno 1686. cominciò nel S. Conſiglio quella lite, che pende ancora tra' Padri Domenicani della Città di Ariano, e l'illuſtre Caſa del Duca di S. Agapito. Credea D. Franceſco Provenzale de' Duchi di S. Agapito, per cui ſcrivo, che ſe le foſſe poſto fine per un pubblico giurato iſtrumento di tranſazione del dì 21. del meſe di Gennajo dell'anno 1747.; ma, corſi

ap-

appena quattordici mesi, vide con maraviglia tornare in giudizio que' Padri, ed impugnando come nulla, e come lesiva la suddetta transazione, rinnovare le antiche azioni; e di ciò non contenti, pretendere ancora qualche cosa di più, che non avean preteso prima della transazione.

Io esporrò primamente le antiche pretensioni de' Padri Domenicani, e 'l tenor della transazione: indi mostrerò, che non fu quella transazione nè nulla, nè lesiva.

CAPO I.

Si espongono le antiche pretensioni de' Padri Domenicani, e 'l tenore della transazione.

DUe azioni istituirono i Padri Domenicani contra 'l Duca D. Andrea Provenzale padre di D. Francesco. La prima azione, è l'*ipotecaria*: la seconda, è la *vindicazione*. L' *ipotecaria* riguardava due di cinque porzioni d' una *mezzana*, detta *la fontanella*, che possedeano il Duca, e D. Francesco com'eredi di Cesare, e di Porzia di Majo. Da' Padri Domenicani si vuole esser quelle due porzioni ipotecate loro per due di cinque porzioni di ducati 1800., e per le terze decorse alla ragione del 10. per 100. dall'anno 1630. fino al presente dì, importanti duc. 720. di capitale, e 9700. e rotti di terze. Ecco l'origine di questa prima azione.

Nell'anno 1528. Marino Finabellis, uomo, secondochè mostra il testamento, assai ricco, dopo di avere istituita erede in buona parte di sua robà una sorella, legò a Lionardo Finabellis suo nipote una gran quantità di grano con espressa legge, che col prezzo di quel-

lo ſi pagaſſero a Bernardina Bulgarelli, ſua moglie, le doti, e l'antefato, che le ſi doveano in virtù de' capitoli matrimoniali. Sottopoſe a primogenial ſedecommeſſo quattro ſuoi ſpecioſiſſimi fondi ſiti in Foggia: e v'invitò lo ſteſſo Lionardo, e i coſtui diſcendenti, indi Aleſſandro Finabellis, e la coſtui diſcendenza, ultimamente l'erede. Succedette nel ſedecommeſſo Lionardo: ſeguentemente Giannalfonſo ſuo figlio, che laſciò dopo di ſe Giacomo, Fauſtina, Ippolita, e Prudenza, commeſſi alla tutela di Ceſare Finabellis loro zio paterno, e di Ceſare Lollo loro zio materno. Morto di là a poco Giacomo, paſsò il ſedecommeſſo a Fauſtina. Nel dì 22. del meſe di Gennajo dell'anno 1569. chieſe la Bulgarelli le doti, l'antefato, e l'intereſſe decorſo: ed eſſendoſi liquidato l'intero credito in duc. 2707., furon venduti due corpi ereditarj, de' quali uno era la ſuddetta *mezzana*; e Ceſare Lollo, che gli comperò, ſoddisfece interamente la Bulgarelli, da cui ottenne la ceſſione delle ragioni. Ed ecco trasferita l'ipoteca per duc. 2707. dalla Bulgarelli nel Lollo. Reſtituì poi Ceſare Lollo coteſta *mezzana* a Fauſtina Finabellis in virtù d'un iſtrumento di tranſazione dell'anno 1585., e nel medeſimo iſtrumento ſi convenne, che reſtaſſe ferma a beneficio del Lollo l'antica ipoteca, ma per duc. 1800. di capitale, e per annui 180. Morta Fauſtina, paſsò la *mezzana* ad Ippolita. Coſtei nell'anno 1606. donò la *mezzana*, e tutti i *territorj ſeminatorj* ſottopoſti da Marino al ſedecommeſſo per tre porzioni a Vincenza, ad Antonio, e ad Alfonſo Caracciolo, figli della defunta ſua ſorella Fauſtina; e per due a Ceſare, ed a Porzia di Majo, figli di Prudenza altra ſua ſorella, ritenendone preſſo di ſe l'uſufrutto. Due anni dopo diſtornò la donazion fatta di due porzioni a' figli di Prudenza, e donò l'intera *mezzana* a' figli di Fauſtina. Coſtoro nell'anno 1620. ne

ven-

venderono dieci carri, e mezzo a Giulio Passaro: e perchè aveva il Lollo ceduta altrui l' ipoteca, promise il Passaro di estinguere con una parte del prezzo gli annui duc. 180.: e, secondochè da' Padri si vuole, in fatti gli estinse, precedenti le cessioni delle ragioni. Così passò l' ipoteca in Giulio Passaro. Di Giulio fu erede Ottavio suo fratello, che nel dì 1. del mese di Ottobre dell' anno 1641. donò tutti i suoi beni, e tutte le sue azioni a' Padri Domenicani della Città di Ariano.

L' origine poi della *vindicazione*, è questa. Nell' anno 1626., nel quale Ippolita morì, si apparteneva ad Ottavio Passero, come ad erede di Giulio, l' intera *mezzana*. Dieci carri, e mezzo ne avea, come si è detto, comperati da' Caraccioli Giulio Passero l' anno 1620.: e due ne comperò l' anno seguente da Marzio Gensano, cui gli avevan gl' istessi Caraccioli venduti. Appartenealsi ancora ad Ottavio un carro, e mezzo del territorio, detto *la risicata*, vendutogli l' anno 1624. da' suddetti Gensano, e Caraccioli, il quale era tra' *territorj seminatorj* compresi nel fedecommesso, e nella donazione dell' anno 1606. Morta Ippolita, pretese Isabella Finaberlis, come discendente da Alessandro, cui aveva il testatore invitato al fedecommesso, che a se spettava la *mezzana*. Le si opposero i tre figli di Faustina, e i due figli di Prudenza: e venne in giudizio anche Ottavio Passero, chiamatovi da' figli di Prudenza. Ciò dal procuratore de' Padri Domenicani si nega, allerendosi, che Ottavio fu spogliato *de facto*, senza che fosse stato mai inteso. Ma legga un po' meglio gli atti, e si ricreda. Il S. Consiglio ebbe per estinto il fedecommesso; e poichè non poteva Ippolita distornar, come fece nell' anno 1608., la donazion fatta l' anno 1606. di due porzioni a' figli di Prudenza, dichiarò per sentenza del dì 5. del mese di Luglio dell' anno 1630., che due delle cinque porzioni

della

della *mezzana*, e degli altri *territorj seminatorj*, spettavano a Cesare, ed a Porzia di Majo. Per esecuzione di cotesta sentenza, dal tavolario del S. Consiglio Giordano si assegnarono a Cesare, ed a Porzia di Majo cinque de' dodici carri, e mezzo della *mezzana*, e sette carri, ed otto *versure* de' carri diciotto, e mezzo, de' quali gli altri territorj costavano: ne' quali sette carri era compreso il carro, e mezzo del territorio, detto *la risicata*. Or da' Padri Domenicani si pretendea, che una parte de' rimanenti carri sette, e mezzo della *mezzana*, fosse stata occupata da' coloni del Duca di S. Agapito.

Nell'anno 1747. si stipulò istrumento di transazione tra' Padri Domenicani da una parte, e 'l defunto Duca D. Giuseppe, il Duca odierno D. Giovanni, e D. Francesco Provenzale dall'altra. Promisero i Padri di rinunziare alla lite, e i Provenzali di cedere a' Padri sette *versure*, e mezza della *mezzana*, ed un lor proprio territorio, detto *della spina santa*, ch' è di *versure* sei; ed oltre a ciò, di pagar loro duc. 100. Quanto i Provenzali promisero, tutto han fedelmente eseguito. Per l' opposito, i Padri, contravvenendo alle giurate promesse, impugnano oggi la transazione: L'impugnano come nulla: l'impugnano come lesiva. Se non che in questi due novelli giudizj di *nullità*, e di *lesione*, è stato inteso il solo D. Francesco, cui si apparteneva una sola terza parte delle due quinte, non già l'odierno Duca D. Giovanni, cui due terze parti si appartenean: e 'l procuratore de' Padri osservi bene gli atti, e 'l troverà vero.

CA-

CAPO II.

La tranſazione dell' anno 1747. non può da' Padri Domenicani impugnarſi come nulla.

LA tranſazione ſi fece, *ſalvo l' aſſenſo Appoſtolico:* e quando coteſta claufula non ſi foſſe appoſta, pur non valea la tranſazione ſenza l' Appoſtolico aſſenſo, come quella, per cui alienavaſi roba di Chieſa. L'aſſenſo non ſi è impetrato. Dunque è nulla del tutto. Ecco il gran ſillogismo, onde da' Padri Domenicani quella tranſazion ſi combatte.

Primachè ſi renda loro la convenevol riſpoſta, è da premettere, che la tranſazione ſi fece da' Padri Domenicani *capitolarmente congregati*, e preſente il legittimo Superiore: che ſi riſervò nell' iſtrumento l' aſſenſo Appoſtolico, e ſi convenne, che ſi ſarebbe impetrato a ſpeſe de' Provenzali, ma per opera de' Padri, i quali perciò coſtituirono il procuratore a tale atto: che ſe ne porſe ſupplica al ſommo Pontefice, dal quale fu commeſſo l'affare alla Curia Veſcovil di Ariano; ma che gl' iſteſſi Padri impediron poi l'interpoſizion dell'aſſenſo. Un buon giuriſconſulto può da coteſti fatti trarre più conſeguenze eſcludenti l' azione, onde impugnano i Padri la tranſazion come nulla.

I. E' opinione di ragguardevoliſſimi Dottori, che 1
quando ſi è già data la ſupplica al Principe, non può più chi l'ha data rivocare quell'atto, che ſenza l'aſſenſo non può valere, ma dee porre ogni opera per impetrarlo; concioſiachè, data la ſupplica, non ſia più intera

la

la cosa. Così s' insegna dal Reggente de Ponte (*a*), e dal Reggente Marciano (*b*), e da parecchi altri de' nostri, trattanti il caso della rivocazione dell' alienazion del feudo in virtù della Costituzione, *Constitutionem divae memoriae*, dopo data la supplica al Principe. E così da più Canonisti s' insegna per rispetto dell' assenso del Papa. Citasi un bel testo Canonico. Si sa, che la *postulazion* de' Prelati non vale altrimenti, che assentendovi il sommo Pontefice. Ne' tempi di P. Innocenzo III. erasi *postulato* un Prelato, ed erasi la *postulazion* presentata al Papa. Primachè s' impetrasse l' assenso, coloro, che l' avean sottoscritta, se ne pentirono. Rispose P. Innocenzo, che bastava, che la supplica si fosse data, perchè più non vi fosse luogo a pentimento (*c*): *Si enim* (eccone la ragione) *postquam postulatio subscriptionibus postulantium roboratur, & praesentatur Romano Pontifici approbanda, possent ab ea recedere postulantes, Nobis frequenter illuderent.*

II. Quando l' alienazione si fa senza riserva d' assenso, allora, primachè l' assenso s' impetri, può sempre la Chiesa impugnarla; perchè l' atto è puro, e come fatto contra le Leggi, e in disprezzo della pubblica autorità, da principio è nullo. Quando poi l' assenso si è riservato, l' atto è condizionato; e come tale, rimesso da' contraenti al supremo arbitrio del Papa, e seguentemente non da principio nullo: onde, come accade in tutti gli altri atti condizionati (*d*), fino a che non s' impetri l' l' as-

(a) *Decis. 6. & in tract. de potest. Proreg. tit. de refut. feud. §. 7. num. 2.*

(b) *Disp. 91. num. 8.*

(c) In cap. *bonae memoriae 4. de postulat. Praelat.*

(d) *L. is, cui 42. de obl. & act. L. si quis 57. de verb. obl.*

assenso, è l' obbligazione inefficace in quanto all' esercizio dell' azione, ma non ci è luogo a penitenza. Così la Ruota Romana (*a*): *Esto, quod beneplacitum Apostolicum reservatum quidem, sed adhuc obtentum minime fuisset, defectus dicti beneplaciti operabatur quidem, ut obligatio, donec illud supervenisset, esset inefficax quoad exercitium actionis, sed non ad effectum, ut poenitentiae locus esse posset.*

III. Quando gli Ecclesiastici han sopra di se preso 3
il carico d' impetrar l' assenso, come nel caso nostro fecero i Padri Domenicani, allora non possono essi impugnar l' alienazione per difetto di assenso, poichè allegherebbero la propria turpitudine, cioè, l' inosservanza de' patti. In un caso, che trattò, e decise la Ruota Romana, avean certi Monaci dato a fitto per nove anni una lor casa colla riserva dell' assenso Appostolico, cui essi promisero d' impetrare. Trascurarono i Monaci d' impetrarlo, indi impugnarono l' affitto come nullo per difetto d' assenso. Non è questo il nostro caso? E' questo appunto. Come l' alienazion della roba della Chiesa, 4
così la locazione oltre tre anni, senza l' Appostolico assenso, è nulla (*b*). Or la Ruota contr' a' Monaci giudicò (*c*), perchè l' allegata nullità *respiciebat propriam turpitudinem Monacorum, qui promiserunt beneplacitum obtinere*. E molto maggiore nel nostro, che nel caso della Ruota Romana, è la turpitudine, che si allega. Nel caso della Ruota, i Monaci trascurarono l' impetrazion dell' assenso: nel nostro l' hanno essi impedita. 5

Ma si finga, potere a' Padri Domenicani competere

(a) *Part.* 12. *recent. decis.* 258. *num.* 3. *&* 4.

(b) Cap. *ambitiosae inter extravag. comm. de reb. Eccl. non alien.*

(c) *Part.* 14. *recent. decis.* 372. *num.* 4.

l'azione, che di certo lor non compete, e risponda si all' opposto argomento. Il dottissimo lor Difensore cita, per pruova della prima proposizione, più Canoni antichi, e nuovi; e più Leggi ancora di Principi secolari dichiaranti nulle le alienazioni delle robe della Chiesa senza l'assenso Appostolico. Poteva egli esser sicuro, che, quando anche non avesse citato nè queste, nè quelli, io glie l'
6 avrei data per vera. Solamente pretendo, esserci alcuni casi, ne' quali l'assenso Appostolico si ha come dato, senzachè sia uopo, ch' espressamente si dia. Eccone due, che si verificano nella causa presente. Il primo caso è, quando la Chiesa si è obbligata d' impetrar l' assenso, ed ha poi trascurato di farlo: e molto più se, come da' Padri Domenicani si è fatto, ne ha impedito l' assenso. Così la medesima Ruota, trattando lo stesso caso de' Monaci, che avean dato a fitto per nove anni una lor casa, obbligandosi d' impetrarne essi l' assenso; e poi, non ostante che avessero trascurato di farlo, pretendeano, che nulla fosse la locazione per difetto d' assenso (a): *Imo contra eos negligentes* (e molto più *contra eos impedientes*) *habetur pro impetrato*. E si trae cotesta massima da un
7 testo di Pomponio, che fu ignoto alla Ruota. Scrive colui (b): *In omnibus caussis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quominus fiat*. E ciò molto più è vero, quando quell' *alius* sia il contraente divenuto poi avversario: ch' è 'l caso, che trattò Cajo in un bel luogo delle Pandette (c). In cotesto caso, avendosi l' assenso per impetrato, non può dalla Chiesa dirsi nulla l' alienazione: e solamente le resta o la restituzione *in integrum*, o l' azione della *L. 2. C. de rescindenda venditione*, se 'l

(a) *d. decis. 372. num. 5.*
(b) *In L. 39. de reg. jur.*
(c) *In L. 6. de dolo mali except.*

se 'l contratto è tale, che possa, secondo le Leggi, rescindersi per lesione; o l'azion *de dolo*, che contra tutti i contratti compete.

Il secondo caso è, quando conosca il Giudice, esser 8
la transazione utile alla Chiesa. Così, sebbene per regola di jus Civile le transazioni fatte sopra gli alimenti non valessero senza l'autorità del Pretore (*a*), nondimeno d'una transazion fatta *citra Praetoris auctoritatem*, ma con utilità dell'alimentario, Scevola scrisse (*b*): *Puto eam transactionem valere, quia meliorem conditionem suam alimentarius tali transactione fecit*. E da questo 9
luogo appunto trasse Accursio (*c*) argomento a provare, che quando a' minori, od alle Chiese riescano utili le alienazioni, vagliono, tuttochè fatte senza la pubblica autorità. Han seguito l'opinione d'Accursio l'Aretino, il Dino, il Baldo, il Decio, il Socino, ed altri ben molti appresso il Tiraquello (*d*). Ma più che la loro autorità, dee valer la ragione. Le solennità dalle Leggi, e da Canoni richieste nelle alienazioni delle robe de' minori, e delle Chiese, non per altro fine si sono introdotte, che per l'autorità di essi minori, e di esse Chiese. Dunque, se altronde costa, che le alienazioni sono utili, cessa la causa, per cui necessario era, che le solennità si adoperassero, e seguentemente cessa la necessità di esse. Così, dopo gli altri, ragiona il Tiraquello (*e*): *Sollemnitas requisita in alienationibus rerum Ecclesiae, & minoris, eorum favore requiritur, & ubi adhibetur, praesumitur, quod sit in utilitatem eorum. Si ergo constat*

(a) *L. quum hi* 8. *pr. ff. de transact.*
(b) *Dict. L.* 8. §. 6.
(c) *In d.* §. 6. *v.* alimentarius.
(d) *De leg. connub. glos.* 8. *n.* 62.
(e) *In cit. glos. num.* 64.

de utilitate Eccleſiae, ſumus in caſu claro, nec eſt opus conjecturis. Ma perchè non di rado è una opinione più ricevuta in un luogo, e meno in un altro, giova, che ſi moſtri, eſſere l'opinion d'Accurſio ricevutiſſima appreſſo noi. Non come opinione, ma come *concluſione veriſſima* di Legge, la propone il noſtro Rodoerio (a): *Ex hoc reſultat alia veriſſima concluſio, ut ſcilicet valeat etiam ſine ſollemnitatibus alienatio de re Eccleſiae, ſi fuerit illa eidem Eccleſiae utilis, quoniam ſic habemus finem, qui requiritur in alienatione talium bonorum .... eademque concurrente utilitatis ratione valeat ſine ſollemnitatibus permutatio facta de re Eccleſiae inter ipſam, & privatum ... ſicut etiam valeret, ſi fieret inter duas Eccleſias ad invicem, ſi utrique magis conſuleretur ..... Ratio autem, quare propter utilitatem Eccleſiae ſunt licita praedicta ſine ſollemnitatibus, eſt PALPABILIS* (notiſi coteſta eipreſſione) *quia non curandum eſt de ſollemnitate, vel forma, ubi actus fuit geſtus cum utilitate ejus, ad cujus favorem fuit ſtatuta forma, & inventa ſollemnitas.* Sarebbe dunque da vedere, ſe la tranſazione dell' anno 1747. fu dannoſa, od utile al Moniſtero. I Padri la credono leſiva: io la moſtrerò utiliſſima nel Capo ſeguente.

CAPO III.

La tranſazione dell' anno 1747. non può da' Padri Domenicani impugnarſi come leſiva.

10 A' Padri Domenicani oſta non men la Legge, che 'l fatto. Per Legge non ſi reſcindono le tranſazioni come

(a) *Ad* de Marin. *addit. ad cap. 6. num. 14.*

come lesive, sebbene enormissima sia la lesione. Di ciò non dubitan punto i dotti interpetri del jus civile. Alcuni de' forensi estendono anche alle transazioni la *L. 2. C. de rescind. vend.*, ma gli convincono di manifestissimo errore più luoghi de' Libri della Legge. Se ne produca un solo di Scevola (*a*), che val per mille: *Heres ejus, qui post mortem suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea, repertis instrumentis, apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, SI NON TRANSACTUM ESSET, posse.* Erasi al fedecommessario restituita una *minima quantità*: e l' eredità, che si dovea restituire, era quattro volte più grande; onde si restituì la sola quinta parte. Qual più grande lesione? E pure Scevola dice, che se quella *minima quantità* si fosse al fedecommessario data per transazione, non avrebbe il fedecommessario avuta azione. Par duro, nol niego, che uom riceva dieci; quandochè gli si dovean cinquanta, senzachè possa usare alcun rimedio di Legge; ma troppo è vero quel volgarissimo detto di Tacito (*b*): *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur.* Importa alla repubblica, che si ponga fine alle liti, cui non si può meglio por fine, che per le transazioni: e'l pubblico favore sostiene anche quelle, che, secondo le regole della giustizia particolare, non dovrebbon valere. Così s' insegna dal Cujacio, dal Donello, dal Fabro, e dalla più gran parte, e da' più dotti Spositori del jus Civile, anche 11 12

quan-

(a) *In L. 78. §. ult. ad S. C. Trebell.*
(b) *Annal. lib. 14. num. 44.*

de utilitate Eccleſiae, ſumus in caſu claro, nec eſt opus conjecturis. Ma perchè non di rado è una opinione più ricevuta in un luogo, e meno in un altro, giova, che ſi moſtri, eſſere l'opinion d'Accurſio ricevutiſſima appreſſo noi. Non come opinione, ma come *concluſione veriſſima* di Legge, la propone il noſtro Rodoerio (a); *Ex hoc reſultat alia veriſſima concluſio, ut ſcilicet valeat etiam ſine ſollemnitatibus alienatio de re Eccleſiae, ſi fuerit illa eidem Eccleſiae utilis, quoniam ſic habemus finem, qui requiritur in alienatione talium bonorum .... eademque concurrente utilitatis ratione valeat ſine ſollemnitatibus permutatio facta de re Eccleſiae inter ipſam, & privatum ... ſicut etiam valeret, ſi fieret inter duas Eccleſias ad invicem, ſi utrique magis conſuleretur ..... Ratio autem, quare propter utilitatem Eccleſiae ſunt licita praedicta ſine ſollemnitatibus, eſt PALPABILIS* (notiſi coteſta eſpreſſione) *quia non curandum eſt de ſollemnitate, vel forma, ubi actus fuit geſtus cum utilitate ejus, ad cujus favorem fuit ſtatuta forma, & inventa ſollemnitas.* Sarebbe dunque da vedere, ſe la tranſazione dell' anno 1747. fu dannoſa, od utile al Moniſtero. I Padri la credono leſiva: io la moſtrerò utiliſſima nel Capo ſeguente.

CAPO III.

La tranſazione dell' anno 1747. non può da' Padri Domenicani impugnarſi come leſiva.

10 A' Padri Domenicani oſta non men la Legge, che 'l fatto. Per Legge non ſi reſcindono le tranſazioni come

(a) *Ad* de Marin. *addit. ad cap. 6. num. 14.*

come lesive, sebbene enormissima sia la lesione. Di ciò non dubitan punto i dotti interpetri del jus civile. Alcuni de' forensi estendono anche alle transazioni la *L. 2. C. de rescind. vend.*, ma gli convincono di manifestissimo errore più luoghi de' Libri della Legge. Se ne produca un solo di Scevola (*a*), che val per mille: *Heres ejus, qui post mortem suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea, repertis instrumentis, apparuit, quadrupla amplius in hereditate fuisse. Quæsitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, SI NON TRANSACTUM ESSET, posse.* Erasi al fedecommessario restituita una *minima quantità*: e l'eredità, che si dovea restituire, era quattro volte più grande; onde si restituì la sola quinta parte. Qual più grande lesione? E pure Scevola dice, che se quella *minima quantità* si fosse al fedecommessario data per transazione, non avrebbe il fedecommessario avuta azione. Par duro, nol niego, che uomo riceva dieci, quandochè gli si dovean cinquanta, senzachè possa usare alcun rimedio di Legge; ma troppo è vero quel volgarissimo detto di Tacito (*b*): *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur.* Importa alla repubblica, che si ponga fine alle liti, cui non si può meglio por fine, che per le transazioni: e'l pubblico favore sostiene anche quelle, che, secondo le regole della giustizia particolare, non dovrebbon valere. Così s' insegna dal Cujacio, dal Donello, dal Fabro, e dalla più gran parte, e da' più dotti Spositori del jus Civile, anche quan- 11 12

(a) *In L. 78. §. ult. ad S. C. Trebell.*
(b) *Annal. lib. 14. num. 44.*

quando enormiſſima è la leſione: e così parimenti s'inſegna da più giudizioſi forenſi, tra' quali ſono il Larrea (*a*), e 'l de Marinis (*b*). Che ſe poi ſi voleſſe dar luogo più toſto alla opinione di alcuni Dottori, che alle diſpoſizioni chiariſſime delle Leggi (la qual coſa non è da tollerare in alcun modo) a reſcindere le tranſazioni, richiederebbeſi la leſione enormiſſima: l'enorme non baſterebbe: *Ego in praxi*, dice il Valerone (*c*), della cui autorità l'Avverſario ſi vale, *veriorem judico diſtinctionem, ſcilicet ex enormi laeſione tranſactionem non reſcindi favore ejus, litiumque minuendarum . . . . ex enormiſſima vero laeſione poſſe eam reſcindi.*

Non luſingandoſi l'Avverſario di poter moſtrare enormiſſimamente leſiva la tranſazione dell'anno 1747., ha col giudizio della leſione accortamente cumulata la reſtituzione *in integrum*, competente, ad eſempio de' minori, alle Chieſe, ed a Moniſteri, *qualora QUALCHE LESIONE ſi conoſca*, com'è ſcrive a carte XXIII. Sia detto con buona pace del veneratiſſimo Contraddittore, non gli ſi può menar buona la parola *qualche leſione*. A' minori, che poſſono eſſere ingannati, o quanto più facilmente, che i Padri Domenicani, non altrimenti ſi ſoccorre colla reſtituzione *in integrum*, che *ſi GRANDE ſit damnum*. Così ſi legge appreſſo Ulpiano (*d*). 13

Ma ſi moſtri, che nè grande, nè picciol danno è venuto a' Padri dalla tranſazione dell'anno 1747., e che per conſeguenza oſtà loro anche il fatto. Ciò ſi farà, eſaminandoſi le due azioni iſtituite da' Padri, l'*ipoteccaria*, e la *vindicazione*.

§. I.

(a) *Deciſ. Granat.* 68.
(b) *Reſol. lib.* 2. *c.* 233. *num.* 12.
(c) *De tranſact. tit.* 6. *q.* 2. *num.* 46.
(d) *In L.* 9. *pr. & L.* 49. *de min.*

§. I.

Per rispetto dell' azione ipotecaria, ostavano a' Padri di S. Domenico, prima della transazione, eccezioni perentorie, e dilatorie.

I Padri Domenicani han causa da quel Cesare Lollo, a cui passò da Bernardina Bulgarelli l' ipoteca della *mezzana*. Or si sa, che 'l jus ceduto non ha presso il cessionario forza maggiore di quella, che avea presso il cedente (a). Quinci dee necessariamente seguire, che l' eccezioni, che competeano contr' al cedente, competono ancora contr' al cessionario. Or quali eccezioni competessero contra Cesare Lollo, si mostrerà per un fedel racconto delle cose avvenute da che Bernardina Bulgarelli comparve nel S. Consiglio, e per alcune poche riflessioni legali, che si trametteranno. 14

Comparve, secondochè si è detto, nel S. Consiglio la Bulgarelli nell' anno 1569. chiedendo le doti, l' antefato, e l' interesse da questo, e da quelle decorso fino a quel dì. Certamente è quì da maravigliare, come colei, non ascendendo nel tempo della morte del marito tutto il suo credito di doti, e d' antefato, che a soli duc. 1200., per la qual tenue somma erale ipotecata l' intera vastissima eredità; e potendone esser tosto, e di leggieri soddisfatta, spezialmente sul prezzo del grano destinato dal testatore a tal uso, non ne facesse immediatamente richiesta, anzi che facesse correre 40. e più anni, senza nè meno esigerne l' interesse. Io non so, come si fosse andata la cosa; ma le circostanze del tempo,

(a) *Le nemo plus juris* 54. *de reg. jur.* Carleval. *de judic. tit.* 3. *disp.* 35. *num.* 38.

po, nel quale istituì primamente l'azione, mi fanno entrare nell'animo qualche mal sospetto di lei. Di quel tempo eran morti Lionardo, e Giannalfonso; e si possedeano i beni da pupilli, i quali non potean sapere, se nel corso di tempo sì lungo fosse stata colei, com'era da presumere, soddisfatta: e da pupilli, che stavan sotto il governo di due tutori, nelle cui mani eran passati, Iddio sa come, molti speciosi stabili soggetti al fedecommesso di Marino Finabellis. Conferma il mio sospetto quel, che seguì dappoi. Pretese la Bulgarelli, che pe' suddetti suoi crediti se le prestasse l'assistenza sopra molti beni ereditarj di suo marito, e nominatamente sopra una casa posseduta da Cesare Lollo, e sopra una *mezzana* posseduta da Cesare Finabellis, i quali due corpi apparteneano al fedecommesso: e pure ne avea Marino espressamente vietata l'alienazione: ed ecco in giudizio i tutori. Le si prestò l'assistenza sopra tutti i beni dedotti negli atti per la somma di duc. 500. di dote, e di duc. 750. d'antefato, e per l'interesse da liquidarsi, che fu poi liquidato dall'anno 1528., in cui Marino morì, fino all'anno 1572., in cui si eseguì la sentenza, in duc. 1451. 56. Da onesti, ed accorti tutori si sarebbe certamente preteso, che non doveasi l'interesse come non chiesto, che dopo 40. e più anni, e quando erano già morti Lionardo, e Giannalfonso primi debitori, e coloro, cui si chiedeva, eran pupilli, e seguentemente non istrutti de' propri interessi: e sarebbesi giudicato così:
15 *Dolus est*, scrive Ulpiano (a), *si quis nolit persequi, quod*
persequi potest; aut si quis non exegerit, quod exigere po-
16 *test*: dond'è poi nata la comune opinion de' Dottori, che, *ubi quis* (piacemi di proporla colle parole del nostro

Al-

(a) *In L. 44. ff. mandat.*

Altimari (*a*)) *petiit diu post mortem debitoris aliquid contra suos heredes male instructos, quod tamen non petiit per multum temporis spatium in vita debitoris, non solum censetur fovere malam caussam, sed etiam quod contra eum oritur vehemens suspicio falsitatis*. Ma per le cose, che soggiungerò, s'intenderà chiaramente, che a Cesare Finabellis, ed a Cesare Lollo giovava, che fosse non tenue la somma dalla Bulgarelli pretesa. Possedeano il primo la *mezzana*, il secondo una casa, corpi soggetti al fedecommesso istituito da Marino, che valeano, come dimostrerò, 10000. e più ducati. Gli possedeano essi senza giusto titolo, e non di buona fede, come parimente dimostrerò. Ben sapeano, che gli avrebbero un giorno perduti, e sarebbero stati, oltre a ciò, condannati a' frutti. Conveniva loro di trovar modo da farne l' acquisto non a gran prezzo, e senza timore di perdergli in avvenire. Il modo era questo, che si vendessero per dismettere un debito del fedecommettente, che poi da essi medesimi si comperassero. Ma se piacea loro di comperargli non a gran prezzo, piacer non potea, che troppo tenue fosse la somma, che si dovea. Per dismettere un 17.
picciol debito del fedecommettente, non si vendono con sicurezza beni di gran valore (*b*). Quindi, parendo assai tenue la somma di duc. 1250., quanto doveasi per la dote, e per l' antefato, menaron buona alla Bulgarelli la pretensione di altri 1551. 56. per l'interesse. Ma del reo disegno di cotesti tutori, darò io pruove molto più chiare.

Alle tre somme della dote, dell' antefato, e dell' interesse, si aggiunsero le spese della lite, e restò liquidato il credito della Bulgarelli nella somma di duc.

(a) *Nov. obs. ad dec. Roviti* 43.
(b) Fusar. *de subst. q.* 541. *num.* 13.

2707. 1. 8. Depositarono gli scaltri tutori cotesta somma nel banco di Montenegro: indi fecero istanza, che si esponesser venali la casa, e la *mezzana*, riservandosi la facoltà di offerire con patto espresso, che rimanendo a lor benefizio i suddetti due corpi, si dichiarassero liberi dal fedecommesso di Marino. Ecco due convincentissime pruove del dolo de' tutori. Al fedecommesso di Marino eran soggetti quattro soli corpi di sua eredità, cioè un molino, un terreno detto *della fontanella*, un altro detto la *mezzana dell' isca*, ed una casa. I corpi, sopra cui fu chiesta, e prestata l'assistenza, eran dodici, de' quali tre soli eran compresi nel fedecommesso, nove eran liberi: ed oltre a cotesti 9. corpi, ch'erano in man di terzi possessori, v'era altra roba libera in man degli eredi. Non doveano offerire allora i tutori alcuno de' molti corpi liberi della eredità di Marino? Così dovean
18 fare? Insegnano comunemente i Dottori (*h*) per un bel testo di Scevola (*b*), che, quando il testatore sottopone a fedecommesso non tutti i suoi beni, ma solamente alcuni di essi, non si possono allora, per dismettere i debiti del fedecommettente, alienare i beni soggetti a fedecommesso. Ma que' due corpi appunto a fedecommesso soggetti, importava a que' buoni tutori, che si vendessero per riavergli poi con più di sicurezza. Se questo non fosse stato il lor fine, non avrebbero volontariamente, come fecero, esposti venali que' due corpi, ch' e' possedeano, quandochè si era l' assistenza prestata sopra molti altri non da lor posseduti, ed era pe' crediti della Bulgarelli obbligata tutta l'eredità. Non è da presumere, che uom voglia il suo danno, purchè nol voglia

per

(a) *V.* Fusar. *de subst. q.* 641. *num.* 19.

(b) *In L. pater filium pr. vers.* item quaesiit, *ff. de leg.* 3.

per ſottrarſi a riſchio maggiore. Egli è queſta una gran pruova del dolo di que' due tutori. Ma pruova forſe più grande è queſt' altra. Si riſervarono eſſi la facoltà di offerire col patto eſpreſſo, che ſi dichiaraſſero que' corpi non più ſoggetti al ſedecommeſso di Marino: ne allegaron la ragione, perchè dopo la compera gli avrebbero avuti *per titolo diverſo*, ben conſapevoli, che vizioſo, e nullo era il titolo, onde gli avean poſseduti fino a quel punto: e chieſero, che ſopra coteſto patto s' interponeſse decreto del S. Conſiglio *per la futura cautela*. Riflettaſi quì, che neceſſario non era, che ſi apponeſſe un tal patto. E' ſentenza ricevutiſſima, che la 19
roba ſoggetta a ſedecommeſſo, ſe una volta lecitamente ſi aliena, come accade, quando alienaſi per diſmetter debiti del ſedecommettente, reſta libera per ſempre (*a*), ſenza che poſſa il ſedecommeſſario riaverla offerendone il prezzo (*b*): ed eſſendo ciò vero, com' è veriſſimo, parimente neceſſario non era, che ſi confermaſſe il patto per decreto del S. Conſiglio. Ma la gran voglia, che aveano i tutori di ritenere almeno con qualche apparenza di giuſtizia i mal poſſeduti fondi, come fece, che ſenza neceſſità gli eſponeſſer venali, così fece, che ſi ſtudiaſſero di uſar nella compera tutte le poſſibili, comecchè non neceſſarie cautele. E quì torna bene quel comun detto de' Dottori, che la troppa cautela è grande argomento di frode (*c*).

Data dal Conſiglier Commeſſario la licenza di vendere la caſa, e la *mezzana*, ſi commiſe alla Corte di Foggia, che procedeſſe alla vendita. Eraſi nella ſentenza dell' aſſiſtenza ordinato, come doveva ordinarſi, che

(a) *V.* Fuſar. *q.* 721. *num.* 1.
(b) Fuſar. *q.* 541. *num.* 1.
(c) Card. de Luca *de alienat. diſc.* 29. *n.* 17.

i beni si vendessero precedente apprezzo: ma l' ordinato apprezzo non si fece, e nel brevissimo giro di soli sei giorni si pubblicarono i bandi, e *ad estinto di candela* si venderono a Cesare Lollo, oblatore di maggior somma, per duc. 3411., prezzo, come dimostrerò in appresso, assai vile: de' quali si liberarono alla Bulgarelli, poichè avesse cedute al Lollo le sue ragioni, duc. 2707. 1. 8. E i rimanenti duc. 704. si pagarono, com' era egli diritto, a' pupilli? No. Cesare Lollo non gli pagò mai: e 'l confessò dappoi, come si farà vedere a suo luogo.

Ma non la sola casa, e la sola *mezzana* si possedeano da cotesti buoni tutori. Possedeano ancor essi un molino, ed altri beni a quel fedecommesso soggetti. Faustina, cui per la morte di Giacomo si apparteneà, come a primogenita, il fedecommesso, uscita della età minore, chiamò que' due tutori in giudizio, perchè tutti gli rilasciassero con tutti i frutti. Cesare Finabellis, primachè 'l giudizio si terminasse, si morì. Isabella Lollo madre, ed erede di Cesare Finabellis, mal sofferendo il rimordimento della coscienza, dichiarò per pubblico istrumento, che Cesare Finabellis suo figlio aveva *indebitamente, e men giustamente* (son sue parole) *occupato, e posseduto la mezzana*, ed alcuni altri fondi, ed un molino appartenenti in virtù di fedecommesso a Faustina: e che, riconsigliatasi con un giurisconsulto, avea conosciuto di non poter lecitamente ritenergli: e finalmente tutti a Faustina gli restituì dalla *mezzana* in fuori, che possedeasi allora da Cesare Lollo. E' quì da notare, che cotesta dichiarazione, per cui si vituperava la memoria del defunto Cesare Finabellis, e 'l nome di Cesare Lollo ancor vivente, fecesi da Isabella coll' intervento, e col consenso (chi 'l crederebbe!) di Cesare Lollo suo fratello, e mondualdo, possessor della casa, e della *mezzana*.

Per

Per riavere coteſti due corpi proſeguì Fauſtina il giudizio contra Ceſare Lollo, pretendendo, che nulla foſſe ſtata, od almeno enormiſſimamente leſiva la compera, che colui ne avea fatta per duc. 3411., quandochè la caſa valea più di ducati 3000., e la *mezzana* più di duc. 6000. e fece ancora iſtanza, che le rendeſſe conto della male amminiſtrata tutela. Poſe fine alla lite una tranſazione del dì 28. del meſe di Febbrajo dell' anno 1585. E poichè coteſta tranſazione producono i Padri Domenicani come fondamento del jus della ipoteca, ch' e' credono di avere per capitale di duc. 1800., giova, che minutamente ſi eſamini. Pretendea Ceſare Lollo, ch' eſſendogli ſtata evitta la caſa per l' ipoteca, che vi avea su Bernardina Bulgarelli, doveſſe Fauſtina reſtituirgli duc. 1200., quanto l' avea comperata Antonio Lollo, ſuo padre, da Lionardo Finabellis, avolo paterno di Fauſtina. Pretendeva ancora i ducati 2707. 1. 8. per errore fatti aſcendere nell' iſtrumento della tranſazione a ducati 2711. pagati alla Bulgarelli. Pretendeva in ſomma da Fauſtina duc. 3911., che veramente erano 3907. 1. 8. Per contrario, pretendea Fauſtina dal Lollo duc. 704. reſto del prezzo di que' due corpi non pagato a' pupilli: altri duc. 3500. per frutti, che avea percepiti il Lollo da tutti i corpi ſoggetti al fedecommeſſo, e che avea convertiti in proprio uſo: altri duc. 200., che fin dall' anno 1575. colui le dovea per legato fattole da Antonio Lollo, e l' intereſſe di tutte e tre coteſte ſomme. Or tre notevoliſſime coſe dal Lollo ſi confeſſarono in quello iſtrumento: la prima, che non aveva egli pagato i duc. 704. reſiduo del prezzo della *mezzana*, e della caſa: la ſeconda, che la ſola caſa valea ducati 2111., giacchè ne ritenne duc. 1200., quanto aſſerì, che l' aveſſe comperata Antonio ſuo padre, e de' reſtanti duc. 911. ſi coſtituì debitore: la terza, che per frutti convertiti

titi in proprio uso, rimaneva egli debitore di duc. 1500. Se 'l debito della male amministrata tutela fosse di soli duc. 1500., come il Lollo diceva, o di duc. 3500., come dicea Faustina, io di certo nol so. Ma 'l posseder, che colui facea, senz'alcun giusto titolo, i beni da Marino sottoposti a fedecommesso con espressa proibizion di alienare: il non esserſi opposto alla Bulgarelli, almen per rispetto dell'interesse: l'aver' esposti venali, senza necessità, due corpi soggetti a fedecommesso, il valore de' quali era molto maggiore del debito; e que' corpi appunto, ch' e' possedea per poi comperargli, e riavergli per altro titolo: l'avergli fatti vendere senza l'apprezzo, che si era ordinato, e nel brevissimo giro di soli sei giorni: l'avergli esso medesimo comperati a vil prezzo, e 'l non aver pagato il residuo a' pupilli, sono gravissimi argomenti di dolo (*a*), onde poi segue, che si abbia a prestar credenza più tosto a Faustina, che a lui.

Si fece la transazione, il cui tenore fu questo. Restituì Lollo la *mezzana*, e ritenne la casa. Gli si menaron buoni non solo i ducati 2711. pagati da lui alla Bulgarelli, ma ancora i duc. 1200. pagati dal padre, quando comperò quella casa. Se non che se ne accrebbe il prezzo d'altri ducati 911., de' quali si dichiarò debitore. Dichiarossi ancor debitore di altri duc. 1500. pe' conti della tutela. Gli furon parimente rimessi i duc. 704., i duc. 200., e tutto l'interesse da tutte le mentovate somme decorso. Finalmente, restando il Lollo debitore di ducati 2411., cioè di 911. per accrescimento del prezzo della casa, e di 1500. per l'amministrazion della tutela, non gli compensò tutti con altrettanti della maggior somma de' ducati 2711., pe' quali era a lui, come a cessionario della Bulgarelli, ipotecata la *mezzana*, ma

(a) Montan. *de tutel. c. 33. n. 609.*

ma soli 911., onde gli restò quel fondo ipotecato per duc. 1800. di capitale, ch'è quella ipoteca, cui credono i Padri Domenicani di avere: altri 900. della somma de' ducati 1500. ne compensò con altrettanti, che gli dovea non Faustina, ma 'l costei marito Muzio Caracciolo: e per rispetto de' rimanenti duc. 600. promise di pagargli ad Ippolita sorella di Faustina, quando si sarebbe maritata, con espresso patto, che fino al dì delle nozze non ne dovesse pagare interesse.

Ma giova d'assai alla causa, che si esamini secondo i principj legali il credito, e 'l debito di Cesare Lollo. Da' duc. 3907. 1. 8., credito preteso dal Lollo, si debbon torre ducati 1200. prezzo della casa, che Antonio Lollo comperò da Lionardo, tra perchè essendo alla Bulgarelli obbligati molti beni liberi, sopra cui le si prestò l'assistenza, non dovea quella casa, come soggetta a fedecommesso particolare, alienarsi: onde fu quella evizione da lui voluta, e procurata: tra perchè doveva egli far dare il curatore a' suoi pupilli eredi del venditore, e denunziare opportunamente la lite. Si sa, che per 21
Legge non ha regresso contra 'l venditore chi o dà volontariamente causa all' evizione (*a*), o non chiama a tempo in giudizio l' autore (*b*). Dunque il vero credito del Lollo era di soli duc. 2707. 1. 8. Ma o quanto maggiore era il debito! La casa, e la *mezzana* valean meglio, che 10000. ducati, come a suo luogo dimostrerò; e da lui si comperarono 3411. Dovea dunque duc. 6500. Pe' frutti convertiti in proprio uso, dovea, se non duc. 3500., quanti ne pretendea Faustina, certamente più de' 1500., quanti e' dicea di dovere. Oltre a ciò, dovea duc. 200.

per

(a) *L.* 29. §. 1. *ff. de evict. Rot. Rom. p.* 15. *rec. decis.* 300. *n.* 7. *&* 8.

(b) *L. emtor* 8. *C. de evict.*

per lo legato da ſuo padre laſciato a Fauſtina, e finalmente l'intereſse di tutte coteſte ſomme, come ancor l'intereſse de' duc. 704. non pagati, ſecondochè ſi è detto,
22 a' pupilli: e ſi vuol quì notare, che le uſure del danaro pupillare dal tutor convertito in proprio uſo, ſono uſure maggiori (*a*). E coteſto era il ſuo debito, quando reſtituiva que' due corpi a Fauſtina. Ritenendo poi, come già ritenne, la caſa, dovea tanto creſcere il debito, quanto era il prezzo di quella. Oſtava dunque al Lollo l'eccezione della compenſazione, per cui eraſi prima della
23 tranſazione eſtinto il di lui credito, e l'ipoteca. E' veriſſimo quel, che inſegnò l'antico chioſator Martino, cui ſeguirono il Donello, il Fabro, e ben molti altri de' più culti interpetri, e tra' noſtri forenſi, il Rodoerio (*b*), che ne cita preſſo che infiniti altri, e più deciſioni del S. Conſiglio, farſi *ipſo jure* la compenſazione de' vicendevoli debiti da quel tempo, che cominciano. Così l'Imperadore Aleſſandro (*c*): *Si conſtat, pecuniam invicem deberi, ipſo jure pro ſoluto compenſationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utrique quoad concurrentes quantitates*. E perchè non ſi
24 creda, come da taluni ſi è creduto, ammetterſi dall'Imp. la compenſazione *ipſo jure* ſolamente ad impedire il corſo delle uſure, ecco un teſto di Paolo (*d*), ove non di ſolo debito di uſure, ma di qualunque debito ſi parla: *Verum eſt, quod & Neratio placebat, & Pomponius ait, ipſo jure eo minus fidejuſſorem ex omni contractu debere, quod ex compenſatione reus retinere poteſt*: eccone ancora

un

(a) *L.* 1. *C. de uſur. pupill.* Accurſ. *in d. L.* 1. Molinae. *de uſur. q.* 76. *n.* 588.

(b) *Conſil.* 45. *a num.* 6.

(c) *In L. ſi conſtat* 4. *C. de compenſ.*

(d) *In L.* 4. *ff. de compenſ.*

un altro (*a*): *Poſteaquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipſo jure compenſari:* ed ecco in fine un teſto dell' Imp. Giuſtiniano, che di qualunque dubbio ci trae (*b*): *Compenſationes ex omnibus actionibus ipſo jure fieri, ſancimus.* Azone, che, ad indurre la compenſazione, ſtimò neceſsaria l'*oppoſizion dell'uomo*, dovea riflettere, che per la clauſula, *ipſo jure*, frequentiſſima ne' Libri della Legge, eſcludeſi ſempre il *miniſterio dell'uomo*. Nè mi ſi dica, che non tutti i crediti di Fauſtina eran liquidi: poichè per Legge ſi han per liquidi anche que' 25
crediti, che poſsono facilmente liquidarſi: *Ita tamen*, dice l'Imp. Giuſtiniano (*c*), *compenſationes objici jubemus, ſi cauſſa, ex qua compenſatur, liquida ſit, & NON MULTIS AMBAGIBUS INNODATA, ſed poſſit judici FACILEM exitum ſui praeſtare.* Or di que' pochi crediti di Fauſtina, che non eran liquidi del tutto, agevoliſſima era la liquidazione. Ma ſi oppongano a' duc. 2707. 1. 8. vero, e ſolo credito del Lollo que' ſoli debiti, ch' e' confeſsò nell' iſtrumento della tranſazione. Il primo era di ducati 911., de' quali ſi dichiarò debitore per lo maggior prezzo della caſa, che ritenne: il ſecondo di duc. 1500. pe' conti della tutela. Dunque certamente dovea ducati 2411. Ma 'l vero, e ſolo ſuo credito era di duc. 2707. 1. 8.: dunque in virtù di legal compenſazione riducevaſi il credito a' ſoli ducati 296., e per tanti, e non più rimaner poteva ipotecata la *mezzana*. Oltre coteſti due debiti confeſſati dal Lollo, altri ve n' erano non meno certi, comecchè non confeſſati. I ducati 704. reſiduo del prezzo della *mezzana*, e della caſa, non nego, che, reſtituendoſi a Fauſtina la *mezzana*, non le ſi doveano in-

(a) *In L. 21. eod.*
(b) *In L. ult. C. de compenſ.*
(c) *In cit. L. ult. V.* Capyc. Latr. *deciſ.* 25.

teri: ma l'intereſſe decorſo dall'anno 1572. ſino all'anno 1585. era un debito certo del Lollo, che avea percepiti i frutti della intera *mezzana* ſenz'averne pagato l'intero prezzo: e coteſto intereſſe, alla ragione non del 10. per 100., alla qual ragione ſi convenne, che da Fauſtina ſi pagaſſer le terze de' ſuddetti duc. 1800., ma del 5. per 100., aſcendea dopo il corſo di 13. anni a' duc. 457: ed ecco eſtinto anche il rimanente credito de' ducati 296., primachè la tranſazion ſi faceſſe: ed ecco il Lollo debitore di duc. 161. Anche gl'interi duc. 2707. 1. 8., de' quali era prima della tranſazione ipotecata la *mezzana*, erano un debito certo del Lollo. Dovendo coſtui, come ſi è detto, far vendere alcuno de' corpi liberi della eredità di Marino, e potendo, ſol che l'aveſſe voluto, far vendere le caſe, e le vigne poſſedute da Giannalfonſo padre di Fauſtina; eſpoſe volontariamente a vendita la *mezzana* ſottopoſta a fedecommeſſo, ed egli ſteſso la comperò, pagando una parte del prezzo alla Bulgarelli: onde reſtò poi ſulla *mezzana*, in frode del fedecommeſſo, quella ipoteca, che ſarebbe reſtata ſopr'alcuno de' corpi liberi. Venne coteſto danno al ſedecommeſſo dal fatto, e dal dolo di Lollo: e ſecondo la naturale, e la civile equità, Lollo dovea rifarlo. Dunque nacquero ad un tempo il credito, e'l debito del Lollo, ed in virtù di legal compenſazione ad un tempo ſi eſtinſero. 26 E' ora manifeſtiſſimo, che fu del tutto inefficace la ceſſione poi fatta dal Lollo di quelle ragioni, che più non aveva. Il noſtro Rodoerio, che meglio, che altri trattò coteſto punto, ſcrive (a): *Compenſationem obſtare ceſſionario, cui ceſſae fuerunt actiones ab eo, cum quo legis miniſterio compenſatum fuerat, quia illa ceſſio fuit inefficax tanquam facta poſt conſummatum a jure compenſationis*

(a) *d. conſ.* 45. *n.* 27.

tionis effectum. Nè può giovare a' ceſſionarj del Lollo, che nella tranſazione dell' anno 1585. convenneſi, che ferma reſtaſse ſulla *mezzana* l' antica ipoteca per ducati 1800.; poichè avendo già la legal compenſazione eſtin- 27
to il credito, fu poi fatta la tranſazione *ſine cauſſa*, e, come tale, non potea valer per nulla: come per lo di- 28
fetto della cauſa non ſi ſoſtiene nè men la ſentenza, che ſia paſsata in coſa giudicata: onde a chi per ſentenza ha pagato un debito, che non ci era, compete l'azion, che chiamaſi *condictio ſine cauſſa* (*a*). Dovrebbe provarſi, che 29
ebbe Fauſtina l' animo di donare, e che con tal animo volle pagar due volte lo ſteſso debito. Ma ciò non ſi è provato, nè ſi preſume per Legge (*b*): anzi più toſto, che la donazione, preſumeſi da' Dottori l'error della Legge, o del fatto anche proprio (*c*).

Le coſe da me dette ſi confermano per più ſentenze profferite dal S. Conſiglio dopo la morte di Fauſtina. Non oſtante che aveſſe coſtei laſciati tre figli maſchi, nel dì 20. del meſe di Decembre dell'anno 1589. il S. Conſiglio dichiarò, che i beni fedecommeſſarj ſi appartenean ad Ippolita ſorella ſecondogenita. Succeſſivamente, eſſendoſi da Ippolita dimoſtrato, ch' era tra' beni al fedecommeſſo ſoggetti la *mezzana* poſſeduta da' figli di Fauſtina per la tranſazione dell' anno 1585., fu quella ſottopoſta a ſequeſtro per decreto del dì 1. del meſe di Marzo dell' anno 1590. Si oppoſero Muzio Caracciolo, e Ceſare Lollo. Coſtui tenea di quel tempo a fitto la *mezzana*, che gli era, com' e' credeva, ipotecata per annui 180.: onde con iſtanza del dì 18. del me-

(a) *L. ſi fullo* 2. *ff. de condict. ſine cauſ.* Salgad. *labyrint. p.* 3. *cap.* 1. *n.* 143. Gratian. *diſc.* 408. *tom.* 3. *n.* 33.

(b) *L. quum de indebito* 25. *ff. de probat.*

(c) Sabell. *in ſumm. v.* donatio, *num.* 4.

ſe di Maggio dell' anno 1590. preteſe di eſſer mantenuto nell'affitto, e di poter ritenere gli annui 180. offerendoſi a depoſitare il reſto. Colui, a nome de' figli, dicea, ch'effendoſi la *mezzana* venduta coll'autorità del Magiſtrato per un debito del ſedecommettente, non era più ſoggetta al ſedecommeſſo. L' affitto della *mezzana* finiva nel meſe di Agoſto. Ciò fece, che 'l ſequeſtro ſi tolſe nel medeſimo dì della iſtanza, obbligandoſi il Lollo a dare idonea cauzione. Ma, temendo coſtui della mal fondata ipoteca, nel dì 29. del meſe di Maggio eſpoſe in una ſupplica al S. Conſiglio la compera, che aveva egli fatta *ſub haſta* della caſa, e della *mezzana* per ducati 3411., de' quali avea pagati alla Bulgarelli ducati 2707. 1. 8. in eſtinzione d' un debito del ſedecommettente: la ceſſione delle ragioni fattagli da colei: e la tranſazione dell' anno 1585., che gli confermò l' antica ipoteca per la ſomma di duc. 1800. di capitale, e per gli annui 180.: e perchè Ippolita non intendea di continuare il pagamento degli annui ducati 180., ſupplicò, che 'l S. Conſiglio dichiaraſſe, *dictam mezzanam fuiſſe obligatam annis ſingulis in ducatis* 180. Per le coſe in coteſta ſupplica eſpreſſe, non dovea punto temere il Lollo di ſua ipoteca. Ma niun conto ne tenne il S. Conſiglio. Dato, e compilato il termine ſulle vicendevoli pretenſioni, s' interpoſe il ſeguente decreto: *Mezzana, & domus in actis deductae, appretientur tam habito reſpectu ad tempus venditionis ſub haſta, quam ad praeſens tempus, ut, viſo appretio praedicto, per S. C. provideri poſſit ſuper hinc inde praetenſis.* A prima giunta par molto ſtrano cotêſto decreto. Le controverſie, che ſi aveano a decidere, eran due: l'una, ſe la *mezzana*, che per un debito del ſedecommettente ſi era venduta *ſub haſta*, ſoggiaceſſe ancora al ſedecommeſſo, come da Ippolita ſi pretendeva, o foſſe libera, come pretendeaſi dal

Ca-

Caracciolo: l' altra, ſe la *mezzana* foſſe ſottopoſta ad ipoteca, come diceva il Lollo, o foſſe libera di un tal peſo, come Ippolita pretendea. Or che avea che fare con coteſte due controverſie l'apprezzo della caſa, e della *mezzana* per riſpetto così del tempo della vendita, che ſe n'era fatta *ſub haſta*, come del tempo preſente? E perchè, cadendo la controverſia ſulla ſola *mezzana*, ſi ordinò l' apprezzo per riſpetto di que' due tempi ancor della caſa? O quanto pieno di ſapienza fu 'l decreto del S. Configlio! Se 'l Lollo, tutore de' figli del fedecommettente, avea per dolo fatto vender quel fondo, ed avealo egli ſteſso comperato a viliſſimo prezzo in frode del fedecommeſso: ſe per diſmettere un picciol debito del fedecommettente aveva alienato un fondo di gran valore, e ſe 'l potea diſmettere con vendere la ſola caſa; era certamente da credere, che non foſse la *mezzana* paſsata libera nè nel compratore, nè in altrui: e ſe avea Ceſare Lollo a viliſſimo prezzo comperato quel fondo, e ne avea poi per lo ſpazio di venti, e più anni ritratto frutti eccedenti d' aſſai il frutto del danaro pagato, doveano in virtù di legal compenſazione averſi per eſtinti il credito, e l'ipoteca. Inſegnano i Dottori, che ſebbene alieniſi il fondo per diſmettere i debiti del fedecommettente, anche con decreto di giudice, nondimeno l' alienazione non ſi ſoſtiene, quandochè contenga leſione molto eccelliva, perchè aſſi come fatta per dolo, e per colluſione a diſtruzione del fedecommeſso (*a*). Inſegnano ancora, che, alienandoſi un fondo di gran valore per diſmettere un picciol debito, può 'l fedecommeſsario rivocar l'alienazione *in totum*: nè perchè per una parte del fondo l'alienazione fu neceſsaria, e ſeguentemente lecita, può pretendere il poſſeſsore, che 'l fedecommeſsario la rivo-

30

31

(a) Cephal. *conſ.* 344. *n.* 23.

rivochi per quella parte ſola, per cui fu volontaria, e ſeguentemente illecita; poichè, ſe maggiore è la parte, che fu volontariamente alienata, queſta trae ſeco anche l'altra, per quel detto volgariſſimo degl'interpetri, ch'è
32 tratto dal ſeno della Romana giuriſprudenza: *In mixtis inſpicitur cauſa, quae praeponderat*. Così ragionano il Gabriello (*a*), il Peregrino (*b*), il Fuſario (*c*), ed altri. Si è poi chiaramente moſtrato, che la compenſazione de' vicendevoli debiti faſſi *ipſo jure*.

Il decreto ſi eſeguì, e i periti, inteſi Caracciolo, e Lollo, riferirono nel dì 24. del meſe di Gennajo dell'anno 1594., che la caſa, e la *mezzana* vendute *ſub haſta* per duc. 3411. valeano nel tempo di quella vendita ducati 10200., cioè, la mezzana duc. 8000., e la caſa 2200.: il quale apprezzo reſtò fermo non ſolo contra 'l Lollo, che non mai ſe ne gravò, ma ancora contra 'l Caracciolo, il quale, ſebbene ſe ne foſſe gravato, nondimeno fece paſſare tutti i termini, che gli diè benignamente il S. Conſiglio, e non ne procurò mai la reviſione. Quindì nel dì 21. del meſe di Ottobre dell'anno 1596. il S. Conſiglio, decidendo la prima controverſia tra Ippolita, e 'l Caracciolo, dichiarò, *in reſtitutione bonorum ſubjectorum fideicommiſſo venire mezzanam:* e perchè pendea nella medeſima Ruota, e dinanzi allo ſteſſo Commeſſario la ſeconda controverſia tra Ippolita, e Lollo per riſpetto della ipoteca, ſoggiunſe: *ſoluta tamen*
33 *prius concurrenti ſumma per S. Conſilium declaranda quantitate ſoluta pro dotibus Bernardinae Burgarellae*. Ma ſe aveva il Lollo pagato interamente alla Bulgarelli quanto le ſi dovea: e ſe nella tranſazione dell'anno 1585. ſi era

(a) *Conſ.* 118. *n.* 5. *&* 6. *vol.* 1.
(b) *De fideic. art.* 40. *n.* 26.
(c) *De ſubſt. q.* 541. *n.* 13.

era espressamente convenuto, che restasse ferma a suo benefizio sulla *mezzana* l' ipoteca per la somma certa di duc. 1800. di capitale, e di annui 180.; perchè disse 'l S. Consiglio, che doveva Ippolita pagare sulla *mezzana* la quantità pagata alla Bulgarelli *pro concurrenti summa declaranda?* Perchè, ponendo mente al vilissimo prezzo, per cui aveva il Lollo dolosamente comperato quel fondo, ed alla eccessiva quantità de' frutti, che ne avea per lungo tempo percepiti, credè, che si fossero il credito, e l'ipoteca estinti o del tutto, od almeno in gran parte.

Ma fu poi dal S. Consiglio solennemente decisa anche la seconda controversia tra Ippolita, e 'l Lollo per rispetto della ipoteca. Aveva Ippolita nel dì 3. del mese di Aprile dell'anno 1595. fatto istanza, che 'l S. Consiglio dichiarasse, che non competeva al Lollo alcun diritto sulla *mezzana* pe' pretesi duc. 1800., de' quali era stato interamente soddisfatto su i frutti della casa, e della *mezzana*: anzi che 'l condannasse a restituirle quel, che compensati i duc. 1800. con pari quantità di frutti aveva esatto di più: ed oltre a ciò, altri ducati 600. coll' interesse decorso dal dì delle sue nozze, che avea promesso di pagarle nella transazione dell' anno 1585.

In vista di questa istanza, e delle pruove fatte nel corso del giudizio, il S. Consiglio proferì nel dì 5. del mese di Ottobre dell' anno 1598. la seguente sentenza: *Visa comparitione oblata pro parte Hyppolitae de Finabellis contra Caesarem Lollum: visis denique videndis, per hanc &c. declaramus, Caesarem Lollum condemnandum esse ad solvendum petitos ducatos sexcentum una cum omnibus damnis, expensis, & interesse liquidandis &c.* Fu seguentemente liquidato l' interesse nella somma di duc. 535. 2. 10., per la qual somma si spedirono poi contr' al Lollo le lettere esecutoriali. Sono quì da riflettere più cose. Avea chiesto il Lollo, che avesse il S. Consiglio dichiarato,

rato, eſſer la *mezzana* ipotecata per duc. 1800. di capitale, e per annui 180. Avea per contrario chieſto Ippolita, che aveſſe dichiarato, non competere al Lollo ragione alcuna su quel fondo per lo preteſo credito, e per la preteſa ipoteca, anzi che l'aveſſe condannato a pagarle altri duc. 600. coll'intereſse. Il S. Conſiglio, compilato il termine, condannò Lollo a pagare i duc. 600. e l'intereſſe. Dunque il S. Conſiglio ebbe per eſtinti il credito del Lollo, e l'ipoteca. Se non gli aveſſe avuti per eſtinti, non l'avrebbe condannato al pagamento de' ducati 600. e dell'intereſſe. Il debito del Lollo naſcea da quel medeſimo iſtrumento di tranſazione, da cui naſceva il credito. Il credito era di duc. 1800., il debito di duc. 600. Se 'l credito non ſi foſſe avuto per eſtinto, eſſendo di maggior ſomma, avrebbe il S. Conſiglio compenſato il debito con una pari quantità di credito, ed avrebbe poi dichiarato, che reſtava ferma ſulla *mezzana* l'ipoteca per duc. 1200. di capitale, e per annui 120.

33 E così dovea fare: *Judex*, ſon parole del Rodoerio (a), *quando palam ei de jure compenſationis apparet, debet ex officio illius jam conſummatum (ipſo jure) effectum agnoſcere, debitumque compenſatum pronunciare*. Che ſe dall'eſſere ſtato il Lollo condannato a pagare i ducati 600. non ſi voglia dedurre, che 'l credito de' duc. 1800. ſi ebbe per eſtinto, almeno ſe ne dedurrà, che 'l S. Conſiglio, avendo preſente la ſentenza dell'anno 1596. ordinante la reſtituzion della *mezzana*, *ſoluta tamen prius pro concurrenti ſumma declaranda quantitate ſoluta pro dotibus Bernardinae Bulgarellae*, ebbe quel credito per illiquido a ſegno, che non volle, nè potè compenſar con quello un debito di ſomma molto minore: tanto, che ſebbene aveſſe il Lollo, quando gli ſi notificò la monizione per la diſcuſ-

(a) *Conſ.* 45. *n.* 15.

ſcuſſion del calculo, eſpreſſamente oppoſta la compenſazione, di ciò non ſi tenne alcun conto, ſegno ben chiaro, che dovette il S. Conſiglio temere, che, dichiarandoſi poi la quantità, non ſi dichiaraſſe molto minore de' detti duc. 600., e minore ancora de' duc. 535., quanto l'intereſſe importava.

Oſtavano adunque al Lollo l'eccezioni della com- 34
penſazione, e della coſa giudicata, le quali, com'eccezioni *in rem*, dovevano oſtare anche a' di lui ceſſionarj, tuttochè ceſſionarj per cauſa oneroſa, come per più chiariſſimi luoghi del jus civile A. Fabro inſegnò (*a*). Oſta- 35
va ancora al Lollo l'eccezione del dolo, la quale ſebbene, com'eccezione *in perſonam*, oſtar non potrebbe a' ceſſionarj per cauſa oneroſa (*b*), pur nondimeno oſterebbe loro, quando le ceſſioni foſſer tali, che le azioni s'iſtituiſſero *ex perſona cedentis* (*c*). Sarebbero dunque da oſservare le ceſſioni, le quali non ſi ſono, come ſi conveniva, eſibite da' Padri, donde naſce altra nuova eccezione contra di loro.

Prima della tranſazion fatta co' Signori Provenzali, non aveano eſſi, ed ancora non han provato di aver acquiſtate le ragioni di Ceſare Lollo ſulla *mezzana*. L'ipoteca, di cui ſi tratta, ſi vuole, che ne' Padri di S. Domenico ſia paſsata così. Ceſare Lollo vendè nell'anno 1597. a Franceſcantonio Recco gli annui 180., che per capitale di ducati 1800. gli ſi doveano su i primi frutti della *mezzana*. Ma poichè 'l Recco avea fin dal dì 13. del meſe di Maggio dell'anno 1596. venduti a Giuſeppe Jovene coll'obbligo *in ſolidum* di Federigo Candido annui duc. 112. 50. per capitale di duc. 1500., non

(a) *Conject. lib. 12. cap. 9.*
(b) *L. 4. §. 31. de doli mal. except.*
(c) A. Fabr. *loc. cit.*

avendo pagate le terze, ſi liquidò contra lui, e contra'l Candido l'iſtrumento: e poichè tra'beni futuri dal Recco ipotecati nell' anno 1596. vi fu poi il credito ſulla *mezzana* vendutogli dal Lollo l'anno 1597., fu coteſto credito *eſeguito*. Ma Federigo Candido pagò, ed ottenne da Jovene la ceſſion delle ragioni: e così paſsò l'ipoteca in Federigo, a'di cui eredi ſi aggiudicò poi quell' annuo cenſo dalla G. Corte nel dì 24. del meſe di Luglio dell'anno 1613. Or poſsedendo Antonio, Alfonſo, e Vincenzo Caracciolo la ſuddetta *mezzana* in virtù della donazione fattane loro da Ippolita, ne venderono nel dì 1. del meſe di Decembre dell'anno 1620. dieci *carri* e mezzo a Giulio Paſsaro per duc. 5827. 50., de' quali ne pagò duc. 1800. agli eredi di Federigo, cioè 900. a Lelio Candido, ed altrettanti a Livia Candido, da'quali ottenne le ceſſioni: ed ecco come paſsò l'ipoteca nella perſona di Giulio Paſsaro. Di Giulio fu erede Ottavio ſuo fratello, che facendo dono di tutti i ſuoi beni a'Padri di S. Domenico della Città di Ariano, in eſſi trasferì quell'antico jus d'ipoteca, ch'ebbero l'un dopo l'altro ſulla *mezzana* Bernardina Bulgarelli, Ceſare Lollo, Franceſcantonio Recco, Giuſeppe Jovene, Federigo Candido, e Giulio Paſſaro.

Ma non tutte coteſte coſe da'Padri di S. Domenico ſi ſon provate. La vendita fatta da Lollo a Recco baſtantemente ſi prova per una fede d'iſtrumento. Non ſi prova però nè la ceſſion fatta da Recco a Jovene, nè la ceſſion fatta da Jovene a Candido. Si produce in pruova dell'una, e dell'altra l'iſtrumento della vendita, che fecero d'una parte della *mezzana* a Giulio Paſſaro i Caraccioli l'anno 1620. Ma non è coteſto l'iſtrumento, in cui le dette ceſſioni ſi fanno. Quivi da' Caraccioli ſemplicemente ſi aſſeriſce, che Recco debitore di Jovene gli obbligò ſotto il nome de' beni futuri quell'annuo cenſo

ſo di duc. 180.: che fu quel cenſo *eſeguito*? che Candido pagò 'l debito, e ne ottenne la ceſſione. Da ciaſcuno ſi sa, che per ſemplice *aſſertiva* non ſi prova concludentemente il credito. Era uopo, che i Padri di S. Domenico eſibiſſero l' iſtrumento del credito di Jovene coll' ipoteca di tutti i beni preſenti, e futuri, e legittimi documenti del pagamento fatto da Candido a Jovene, e della ceſſion fatta da Jovene a Candido: ed era 36
uopo, che gli eſibiſſero anche perchè ſi vedeſſe, ſe le ceſſioni eranſi fatte a tempo, e ſecondochè preſcrivon le Leggi, eſſendo pur troppo noto, che non fatte a tempo, e legittimamente, non trasferiſcono ne' ceſſionarj jus d' ipoteca (*a*). Or tolta di mezzo la tranſazion fatta tra l' illuſtre Caſa del Duca di S. Agapito, e i Padri Domenicani, coſtoro, che altro poſſon pretendere, ſe non che l' eſecuzion del decreto del S. Conſiglio, che quella *dichiarazione* ſi riſervò? E ben contento è D. Franceſco Provenzale, che, tolta di mezzo la tranſazione, la riſervata dichiarazione ſi faccia. Aſſi coteſta dichiarazione a fare ſecondo gli apprezzi dallo ſteſſo S. Conſiglio ordinati della caſa, e della *mezzana*. Gli apprezzi ſono negli atti, e ſecondo eſſi, reſtava Lollo prima della tranſazione dell' anno 1585. debitore di più migliaja.

§. II.

Per riſpetto della vindicazione, *oſtava a' Padri di S. Domenico il difetto della pruova.*

SI è detto nel Capo I. di queſta Scrittura, che de' dodici carri, e mezzo, de' quali la *mezzana* coſtava, cinque furono dal tavolario Giordano aſſegnati a Ceſa-

(a) Salgad. *labyrinth. p. 3. cap. 7. n. 49. & 50.*

re, ed a Porzia di Majo. Or una parte de' carri, che reſtaron preſſo il Paſſato, ſi pretendea da' Padri Domenicani, che ſi foſſe da' Duchi di S. Agapito occupata. Ma quanta parte, e quando? Nè 'l tempo, nè la quantità ſi ſapea da' Padri: Ecco come propoſero l' azione: *Che i Duchi di S. Agapito, continuatis temporibus, aveano uſurpato molta parte dell' altra parte della mezzana, ch' era rimaſta a Ottavio, e ſucceſſivamente al Moniſtero.* Ma come il provarono? Primachè della pruova da lor fatta ſi parli, è da notare, che pretendeano eſſi, ſua eſſere una parte di fondo, la quale da' Duchi di S. Aga-
37 pito ſi poſſedea. L' azione adunque iſtituita da' Padri era la *vindicazione*, nel qual giudizio non incidentemente, ma principalmente trattavaſi del dominio. Or' importa d' aſſai, che incidentemente, o principalmente del dominio ſi tratti. In queſto caſo richieggonſi pruove piene, e concludenti: in quello baſtano pruove più leggiere. Così ſcrive per comun ſentimento il Pacione (*a*): *Haec eſt diſtinctio communiter recepta, & valde notabilis, ut ſi agatur de dominio principaliter* (che val tanto, quanto *ad effectum vindicationis*, come parla la Ruota Romana (*b*)) *requiritur probatio PLENA, & CONCLUDENS: ſecus autem ſi agatur de eo incidenter.*

Si eſamini ora, ſe piena, e concludente era la pruova fatta da' Padri. Produſſero ſei teſtimonj. Due di eſſi, cioè 'l quinto, e 'l ſeſto, diſſero di ſapere, che i Padri *ſi lamentavano, che 'l poſſeſſore delle carra cinque di mezzana aveva uſurpata buona parte di quella, che poſſedeva il Moniſtero.* Bel pajo di teſtimonj! La cauſa, che allegarono della ſcienza, era il detto de' medeſimi litiganti, che gli produſſero: ſeguentemente non debbono meritar

fe-

(a) *De locat. cap. 27. num. 78.*
(b) *Recent. p. 9. deciſ. 464. num. 10.*

fede. Anche due altri testimonj, cioè 'l terzo, e 'l quarto, differo lo stesso. Finalmente il secondo, e 'l terzo testimonio differo, che 'l solco dividente la *mezzana* de' Duchi di S. Agapito dalla *mezzana* de' Padri di S. Domenico si era dilatato, e si dilatava sempre più di giorno in giorno. E questa è una seconda occupazione diversa dalla prima delle sei versure fatte rompere, e seminare. Ed ecco la gran pruova, che nel termine si fece da' Padri. E questa è quella pruova *piena*, e *concludente*, che richiedesi nel giudizio della *vindicazione?* Tanto inverisimili sono le cose, che da cotesti testimonj si dicono, che nulla più. Tre di essi dicono, che i Duchi di S. Agapito aveano occupate *sei versure in circa*. Come sanno essi, che son sei, non quattro: che son sei, non otto? I Padri, ch' eran padroni del fondo occupato, e che, com' è da presumere, doveano saper meglio, che altri, i proprj fatti, non sanno, quanta parte di fondo lor manchi, e 'l sanno poi i testimonj!

Dunque molto meno, che dalla ipotecaria, poteano i Padri sperare dalla *vindicazione*: nel qual giudizio non si era fatta pruova nè piena, nè semipiena. Or tolgasi, com' e' vogliono, di mezzo la transazione dell' anno 1747., e per coteste belle testimonianze si decida la causa. Chi non assolverà l' illustre casa de' Duchi di S. Agapito? Chi non condannerà i Padri anche alle spese?

Ripiglia l' avveduto Difensore de' Padri. Oltre la pruova nascente da' detti de' testimonj, ci è ben altra pruova della occupazione nascente da pubbliche scritture. I Provenzali cederono per transazione a' Padri versure sette, e mezza di quella *mezzana*, che possedeano com' eredi di Porzia, e di Cesare di Majo: indi nell' anno 1749. ne venderon cinque carri a D. Giannantonio Cessi. Ma non più che cinque carri furon dal tavolario Giordano assegnati a Porzia, ed a Cesare, nè più che cinque

que da Cesare, e da Porzia passarono a' Provenzali: dunque le versure sette, e mezza, cedute a' Padri, erano le versure da' Provenzali occupate. Di ciò non contento, si studia di mostrare per nuovo argomento, che diciotto e mezza, non che sette versure, e mezza si occuparono da' Duchi di S. Agapito. Il tavolario Giordano (e' soggiunge) assegnò nell'anno 1631. a Cesare, ed a Porzia cinque carri di *mezzana*, che sono versure 100., ed altre 148. versure di terreno *seminatorio*, in tutto versure 248. I Provenzali ne cederono a' Padri 7. e mezza di *mezzana*, ed altre 6. del territorio detto la *spina santa*, in tutto 13. e mezza: dappoi venderono a Cessi altre 253. versure. Dunque prima della transazione ne aveano versure 266. e mezza, 18. e mezza di più. Dunque 18. e mezza ne aveano occupate.

Potrei rispondere, che di cotesti argomenti, come prodotti dopo la transazione, non è da tenere alcun con-
38 to. Le transazioni non han meno di forza, che le cose giudicate: nè si rescindono per nuovi istrumenti, che si sieno dappoi ritrovati. Così rescrissero gl' Impp. Diocleziano, e Massimiano (*a*). Or che assi a dire di due meri argomenti?

Per le cose dette, spera D. Francesco Provenzale dalla sapienza, e giustizia de' Signori Giudicanti, che, tolta di mezzo la transazione, abbiano a condannare i Padri Domenicani della Città d' Ariano a restituire quanto in virtù di essa han ricevuto, e i frutti ancora; e ad assolver lui da quelle molestie, che que' mal consigliati Padri gli han date.

Di Casa il dì 23. del mese di Novembre dell' anno 1759.

Per

(a) *In L. 19. & 20. C. de transact.*

Per D. Nicoletta, e D. Barbara Punzi, e e per gli altri obbligati per lo Razional della Reg. Camera D. Giovanni di Tommaso contr' al Reg. Fisco.

ARGOMENTO.

Si additano alquanti difetti di una transazion fatta col Regio Fisco; e dimostrasi, I. Che l'obbligo contratto dalle suddette D. Barbara, e D. Nicoletta, le quali obbligaronsi per lo respettivo marito, e cognato, sia stato da principio nullo, come contratto contra la Prammatica unica *de S.C. Vellejano*. II. Che la transazione fu da principio nulla, poichè per la medesima il Fisco, senza dar nulla alle suddette obbligate, conseguì molto più di quello, che pretender poteva. E finalmente, che di tale transazione non abbiasi a tener conto veruno, come quella, che fu fatta per falsa causa, o sia per falso presupposto.

SOMMARIO.

1 *LA donna, per lo Vellejano, non può obbligarsi per altrui. Il più degl' Interpetri insegnano, che l'obbligazione da principio sia nulla.*

2 *Se la donna, che sia da principio obbligata, possa valersi del Vellejano, al quale non abbia espressamente rinunziato.*

3 *La Prammatica unica* de S.C. Vellejano, *dichiara nulle le fidejussioni, e le rinunzie, e nulli i giuramenti delle donne.*

4 *Se alla suddetta Prammatica unica dispensar possa la Real*

Real Camera di S. Chiara, oppure debbasi impetrar la dispensa dal Re.

5 *Se la donna, dopo il biennio, conferma l' obbligo, che contrasse per altrui, non può per jus comune valersi del Vellejano. Eccezioni di questa massima:* Ved. i num. seg.

8 *La geminazion dell' atto, induce evidente consenso.*

9 *Se cessa il Vellejano, quando la moglie, senza dispensa, si obbliga per liberar di prigione il marito:* Ved. i num. seg.

10 *Quando l' obbligo della donna torna in utilità sua, cessa il Vellejano, eccetto però dove siaci lo Statuto annullante gli obblighi delle donne.*

13 *Invalido fu dal S. Consiglio dichiarato l' obbligo da una madre, contratto per trar di prigione un figlio nobile, e povero.*

14 *Que' Dottori, che han creduto potersi la moglie senza dispensa obbligare per liberar di prigione il marito, parlano di marito incarcerato per causa civile, non per delitto.*

15 *L' Isola, ove mandasi un reo, è non altro, che una prigione.*

16 *Nulla è la transazione, se dall' una, e dall' altra parte non si dà, o si promette.*

17 *Qual sia la pena della falsità, giusta il jus Comune: e qual sia, giusta le Leggi del Regno.*

18 *Il peculato, unito alla falsità, come si sia punito ne' nostri Tribunali.*

19 *Il peculato, dalle Leggi Romane, è punito colla deportazione: e i soli Giudici, rei di peculato, son puniti colla pena della morte.*

20 *I rei di peculato, tuttochè pubblici uffiziali, secondo le più recenti Leggi del Regno, si puniscono colla pena del* nonuplo, *e con altre corporali ad arbitrio del Re:* Ved. i num. seg.

21 *L'*

21 *L'espressione*, capite puniantur, *se abbiasi ad intendere per la morte naturale, o civile:* Ved. il num. 19.

23 *Nel dubbio, s'impongon sempre le pene più miti.*

24 *Nel Principe, ad esempio di Dio, le cui veci fa sulla terra, riluce, sopra ogni altra virtù, la clemenza.*

25 *Come assi a provare il dolo.*

26 *Quali prove ricercansi nelle cause criminali, perchè possa farsi luogo alla pena della Legge.*

27 *Chi sottoscrive una scrittura, fa presumere, che l'approvi.*

28 *La scienza, dove trattasi di pena, o di grave pregiudizio, deve esser vera, ed esplicita, non bastando la presunta:* Ved. il num. 33.

29 *Qual sia la regola da conoscere, quando la falsa causa noccia, o non noccia all'atto.*

30 *L'errore toglie il consenso.*

31 *E' così vasta la giurisprudenza, che l'ignorarne il tale, o'l tale luogo, non fa vergogna.*

32 *L'error di Legge nuoce, dove si voglia far lucro: non nuoce, dove trattisi di schivar danno.*

33 *La scienza presuntiva, dove trattasi di fare acquisto, basta: dove poi trattasi di perdere un jus acquistato, non basta.*

34 *Anche gli uffizj, cui sia annessa l'amministrazion della giustizia, possono per volontà del Sovrano diventar venali.*

ALLEGAZIONE X.

NEll' anno 1748. si fece denunzia al R. Fisco, che ne' conti del Percettore della Provincia di Terra di Lavoro D. Ferdinando Cariello, si eran commesse frodi da esso Cariello, da due suoi uffiziali Antonio Tamaro, e Geronimo Parrini, dal Razional Sansone, e

da' Prorazionali Pacileo, Galdieri, e Paliotti: Alle prime voci, che se ne sparsero, il Sansone, e 'l Galdieri, si fuggirono: gli altri furono incarcerati. Consapevole, e partecipe delle frodi credè fin dal principio il Fisco, che stato fosse il Razional della R. Camera D. Giovanni di Tommaso, come colui, che avea ricevuti, e riferiti nella seconda Ruota que' conti, e sottoscritte le *declaratorie* in benefizio di quel Percettore: ma 'l Razional di Tommaso niente commosso nè dalla fuga del Sansone, e del Galdieri, nè dalla incarcerazion degli altri, veniva ogni dì con viso sereno nel Tribunale, e tornava tranquillo a casa. Cotesto grande argomento di non macchiata coscienza, e le tante pruove da lui date per tutta la sua lunga età d'interezza, e di fede, fecero allora, che la parte più sana di questa Città nostra, non lasciandosi trarre dal volgo, che reo, come gli altri, il volea, credesse a fermo, che colui, pieno di anni, e di pubbliche cure, avesse ricevuti, e riferiti que' conti a fede di alcun suo Prorazionale: cosa non lodevole, ma cosa usata. Finalmente fu 'l Razional di Tommaso incarcerato, e *rubricato*, come gli altri, di *peculato con falsità*. Il Cariello, in capo a pochi giorni, morì nelle carceri: il Pacileo, il Paliotti, e 'l Tamaro confessarono il lor delitto: nè potean negarlo. Alcuni loro privati biglietti verificati dal Regio Fisco, e la scrittura istessa de' conti, gli convinceano. Ma nè le angustie delle carceri, nè i lunghi, e gravi disagi poteron mai vincer la costanza del Razional di Tommaso, e trargli di bocca la falsa confession di un delitto, di cui era colpato a torto: nè le tante cure del Fisco, cui, trattandosi di proprio interesse, agevole suol riuscire più, che a qualunque privato, la pruova, poteron mai fare, che ne restasse convinto. Volgeva il settimo anno, da che languivano nelle carceri i *rubricati*, ed *era* intanto *inverificabile l' indennizzazione*

zione del credito fiscale per la insufficienza degli effetti se-
questrati: quando ecco s' insinua loro, che trovin modo da provvedere alla indennità del R. Fisco, e per rispetto della pena, rinunziando alle difese, si rimettano alla clemenza del Re. Così pieni essi di bella speranza, umiliano una *Supplica* a S. M., nella quale promettono di pienamente indennizare il R. Fisco su i loro beni, e su i beni de' lor congiunti, ed implorato per le pene la clemenza Reale. Per non farla lunga, fu 'l progetto da S. M. benignamente accettato, e 'l Razional di Tommaso si obbligò di pagare per la sua rata al R. Fisco la somma di duc. 9000., de' quali pagò prontamente 3722. ritratti dalla vendita di alcuni beni di D. Nicoletta sua moglie, e di D. Barbara Punzi sua cognata: e per rispetto de' rimanenti 5278. promise di pagarli dentro lo spazio di 7. anni, ed esibì viglietto di pubblico mercatante: e per cautela maggiore del R. Fisco, si obbligarono ancora su i propri beni le suddette D. Nicoletta, e D. Barbara, e i quattro di lui figliuoli D. Emmanuele, D. Domenico, D. Vincenzo, e D. Filippo, e i costoro cugini D. Biagio, e D. Giuseppe di Tommaso. Ecco un nuovo grandissimo argomento della onestà del Razional di Tommaso. Razionale di lui più abile, e più di lui adoperato ne' più gravi, e più lucrosi affari della R. Camera, forse non ci è stato a ricordo d'uomo. E pure non avea roba da far cauto il Fisco per la somma di 9000. ducati. Torno ora, donde son dipartito. Fatta a cotesto modo la transazione col R. Fisco, il Razional di Tommaso uscì delle carceri, ma fu messo in una nave, e balzato nell'isola di Lipari, dove, in capo a pochi giorni, si morì. Or de' duc. 5278., restavano a pagarsi 3000. nell'anno 1759., somma molto eccedente le deboli forze del patrimonio degli obbligati: quando le due sventurate donne D. Nicoletta, e D. Barbara, riconsigliatesi

co' loro Savj, e fatte accorte di molti difetti della transazion fatta col Fisco, ricorsero alla giustizia, ed alla clemenza dell' amabilissimo nostro Sovrano, dicendo, che non solo non eran tenute di pagar la restante somma al Fisco, ma ch' era tenuto il Fisco di restituire l' indebito esatto coll' interesse; ed oltre a ciò, per altre cause, dovea considerevoli somme a' poveri figli del Razional di Tommaso. S. M. rimise la loro *Supplica* alla R. Camera della Sommaria. Questa col suo parere l' escluse; ma non l' escluse il Re. La relazione della R. Camera, e molte altre carte alla causa appartenenti, la *Supplica* di quelle infelici, e due brevi Scritture, che da me si eran fatte in lor pro, furono da S. M. rimesse con legge d' impenetrabil segreto a tre suoi riguardevolissimi Ministri. Due di essi, per quel, che la fama ne sparse, riferirono in iscritto separatamente l' uno dall' altro, ch' era giusta la *Supplica*. Furon poi per nuovo ordin Sovrano chiamati tutti e tre nella Real Segreteria, ed essendosi discusso meglio l' affare, il terzo fu d' accordo coi due. Fatto tutto ciò, nuovamente ha la M. S. rimessa la causa al Tribunale della R. Camera, e gliel' ha rimessa con un Dispaccio, che mi giova quì di trascrivere: *Dopo che inteso il Re di quanto manifestò la Camera della Sommaria con sua Consulta di Agosto del passato anno, escludendo le pretensioni formate da D. Nicoletta, e D. Barbara Punzi così per l' invalidità dell' obbligo, che fecero a favore del R. Fisco colla nota transazione del 1756 in somma di ducati 9000. per ragion delle frodi, di cui veniva caricato il Razionale D. Giovanni di Tommaso loro marito, e cognato rispettivo, come per la restituzione delli duc. 5000. pagati da detto Razionale in tempo del governo Alemanno per la compra della commessa del R. Ceddolario a tenore della general determinazione del 1738., ed anche per il compenso di fatiche straordinarie fatte dallo stesso Razionale,*

nale, al qual ſentimento della Camera NON PIACQUE *A S. M.* UNIFORMARSI; *eſſendoſi poi preſe in conſiderazione le ſcritture, che furono richieſte, e rimeſſe dalla Camera concernenti ad una tal dipendenza, come altresì le* MOLTE RAGIONI ESPOSTE DALLE MENTOVATE PUNZI IN APPOGGIO DELLE LORO PRETENZIONI, *ed in viſta ancora delli* VARJ PARERI, *che ſi ſono inteſi, con li quali è ſtato* DIFFERENTEMENTE ESAMINATO, E DATO GIUDIZIO SU QUESTO AFFARE; *è venuta S. M. in riſolvere, che per non caricarſi di veruno ſcrupolo, ed acciò non ſi perda maggior tempo con ordinare ulteriori diſcuſſioni, e nuovi informi su la materia, ſi decidano formalmente dalla Camera gli eſpreſſati punti dedotti dalle Punzi in termini di giuſtizia colla più poſſibile brevità, e dando conto dell' eſito: lo che prevengo a V. S. per intelligenza della Camera, e puntuale adempimento. Palazzo 24. Settembre 1761.*

Di ciò non contenta la pietà del Re, volle aggiunti a' dottiſſimi ed intereſſimi Miniſtri della R. Camera della Sommaria due altri non men dotti, ed interi Miniſtri col ſeguente Diſpaccio: *Ha voluto il Re per* SUOI GIUSTI MOTIVI, *che nell'eſame, e deciſione da farſi nella Camera della Sommaria della cauſa relativa alle pretenſioni promoſſe da D. Nicoletta, e D. Barbara Punzi circa l' invalidità dell' obbligo, che fecero a beneficio del R. Fiſco colla nota tranſazione ſulle mancanze, che venivano addoſſate al fu Razionale D. Gio: di Tommaſo, e reſtituzione del prezzo pagato al governo Alemano per la compra della commeſſa del Regio Cedolario fatta da detto Razionale, intervengano per Miniſtri aggiunti li Conſiglieri di S. Chiara D. Carlo Paoletti, e D. Domenicantonio d' Avena: e prevenendoſi alli medeſimi il convenevole, lo partecipo nel tempo ſteſſo a V. S. di Real ordine per intelligenza, e regola del Tribunale. Palazzo 13 Ottobre 1761.*

Or

Or il tempo della decisione è questo. Io, che difendo le due infelici donne D. Nicoletta, e D. Barbara Punzi, e gli altri obbligati per lo Razional di Tommaso, dividerò questa Scrittura in due Capi. Nel primo ragionerò de' difetti della transazion fatta col R. Fisco: nel secondo de' crediti de' figli, ed eredi del suddetto Razionale.

CAPO I.

Si mostrano i difetti della transazione fatta col R. Fisco.

MOlti sono i difetti della transazion fatta col R. Fisco. Uno di essi è difetto di solennità: gli altri sono di volontà. Convien dunque, che questo Capo in più §§. si divida.

§. I.

L'obbligo contratto da D. Nicoletta, e da D. Barbara Punzi, fu dal principio nullo, come contratto contra la Pr. un. de S. C. Vellejano.

CHe nullo sia stato da principio cotest' obbligo, e che seguentemente debba il Fisco restituire l' indebito
1 esatto coll' interesse, agevolmente si mostra. Non può la donna per lo Senatusconsulto Vellejano obbligarsi per altrui (*a*). Il più degl' interpetri insegnano, che l'obbliga-
2 zione da principio è nulla (*b*). Quandochè poi sia la don-

(a) *Tit. ff. & Cod. ad S. C. Vellej.*
(b) *V.* Peret. *in d. tit. C. num.* 1. *&* 2.

donna, com' altri crede, da principio obbligata, certamente la difende a bastanza l'eccezion del Vellejano (*a*), purchè, istrutta di sua ragione, non v'abbia espressamente rinunziato (*b*). Ma molto migliore è la condizion delle donne, secondo le Leggi particolari del nostro Regno. La Prammatica *un. de S. C. Vellejano*, dichiara nulle le 3
fidejussioni delle donne, nulle le rinunzie del Vellejano, nulli i giuramenti, sotto cui questi, o quelle si facciano: anzi dice, esser tutti cotesti atti contrarj a' buoni costumi non solo civili, ma ancora naturali: *Declarantes etiam* (eccone le parole) *tales obligationes, & renunciationes ex caussis praedictis contra bonos mores civiles, & naturales, etiam comprehendi sub regula juris Canonici, nec esse obligatorium contra bonos mores praestitum juramentum.* Dunque niun conto è da tenere dell' obbligo di D. Nicoletta, e di D. Barbara Punzi.

Si oppone dal R. Fisco la *Regia Dispensa* del dì 21. del mese di Gennajo dell'anno 1756, in virtù della quale coloro si obbligarono.

Si risponde, che non poteva in ciò dispensare, come fece, la Real Camera di S. Chiara, e doveva impetrarsi la dispensa dal Re. Non si dubita, ch' era maggiore la giurisdizione dell'abolito Collaterale, che non è la giurisdizione della Real Camera di S. Chiara. Or la sopraccitata Prammatica, che nulle dichiarò le fidejussioni delle donne, tolse a tutti i Magistrati, e nominatamente al Collaterale la potestà di dispensare: *Mandamus circumspectis Regentibus R. Cancellariam, S. R. Consilio, Camerae Summariae &c. ut praesentem R. Pragmaticam ad unguem, & inviolabiliter observare habeant, & debeant, juxta sui seriem, & tenorem, ABDICANTES AB OMNI-* 4

(a) *L. 2. C. eod.*
(b) *L. 21. C. eod.*

OMNIBUS SUPRADICTIS jurisdictionem in contrarium judicandi, & declarandi: onde francamente disse il de Ponte (a): *Si diceretur, Collaterale declarare, & limitare Pragmaticam, dicimus, unum ex Regentibus, imo totum Collaterale hic facere minime posse inconsulto Principe . . . & si Pragmatica expresse mandat Regentibus, quod secundum eam judicare debeant, & expresse tollit illis potestatem faciendi quamcumque declarationem; ergo decretatio est penitus erronea*: e lo stesso scrisse il Tassone (b). Che se si voglia pretendere, contr'a ciò, che in quella Prammatica è scritto, che poteva il Collateral dispensare; giova, che quì si noti, che la Maestà del Re Cattolico, quando colla sua Costituzione del dì 8. del mese di Giugno dell'anno 1735. trasferì nella R. Camera di S. Chiara alcune di quelle molte facoltà, ch'esercitava il Collaterale, non fece alcun motto della dispensa del Vellejano, di cui conveniva, che nominatamente si ragionasse.

Ma le *liste* contenenti le *decretazioni* della Real Camera di S. Chiara si trasmettono alle Reali Segreterie, e di esse quelle sole si eseguono, che sono dal Re confermate. Essendosi dunque la suddetta *Dispensa* del dì 21. del mese di Gennajo consegnata a D. Nicoletta, e a D. Barbara, e da costoro esibita nella Regia Camera della Sommaria; ne segue, che fu confermata da S. M. Sì, se si fosse mentovata nella *lista*, che al Re si trasmise. Ma non se ne fece alcun motto. La lista de' nomi de' supplicanti, per cui si fecero dalla Real Camera le decretazioni di quel dì, si conserva dall'Attitante D. Giantommaso Attanasio. E' stata da me veduta, e può

(a) *De pot. Proreg. tit. 10. de decret. Collat. Conf. sup. obl. seu alien. rer. dot. num. 11. & 12.*

(b) *In Pragm. de antef. vers. 4. obs. 2. num. 142.*

può da ciaſcuno oſſervarſi. Non ſono in eſſa i nomi di D. Nicoletta, e di D. Barbara Punzi. La liſta delle ſup- 8
pliche, e delle decretazioni di quel dì ſta nelle Reali Segreterie; e ben potrebbe la Regia Camera oſſervarla, quandochè ne ſupplicaſſe S. M.

Si oppone ancora dal R. Fiſco, che quando la don- 5
na, dopo due anni dal dì dell' obbligo, con una nuova cauzione il conferma, ceſſa per Legge il Vellejano: *videtur etenim*, dice l'Imp. Giuſtiniano (*a*), *ex hujusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione ſe illigare, ſed pro ſua cauſa aliquid agere*. Or D. Nicoletta, e D. Barbara han tante volte confermato l'antico obbligo, quante ſomme han pagate.

Si riſponde, che la Coſtituzion di Giuſtiniano ſi 6
dee ſtrettamente intendere, come Coſtituzion contenente eccezion di regola: onde, ſe parla d' obbligo confermato per nuova cauzione, o per altro nuovo atto eſpreſſo, non è da eſtenderſi a quel genere di tacite conferme, che riſultan da' fatti.

Si riſponde ancora, che la Coſtituzion di Giuſtinia- 7
no non oſterebbe a D. Nicoletta, poichè ha luogo nell' obbligo, che prende ſopra di ſe la donna per un eſtraneo, non in quello, che per lo proprio marito prende ſopra di ſe la moglie, la quale, in virtù d'altra Coſtituzione del medeſimo Imperadore (*b*), obbligandoſi cento, e mille volte per lo ſteſſo debito del marito, non reſta mai efficacemente obbligata.

Finalmente ſi riſponde, che coteſti ſono ſtabilimenti del jus comune, i quali, dopo la Prammatica, ſon ceſſati del tutto, perchè altra è la ragione del jus comune, altra la ragione della Prammatica. La ragion, per

(a) *In L. 22. C. eod.*
(b) *Auth. ſi qua mulier, C. eod.*

cui la Legge Romana fa nascer l' obbligo dall' atto ge-
8 minato, è, perchè *actus geminatus inducit evidentem consensum*, come notò su quella Costituzione il Gotofredo (*a*): e l'evidente consenso nocea, secondo il jus comune, alla donna, perchè aveasi come una rinunzia del Vellejano: ma poichè per la Prammatica è nulla del tutto qualunque espressa rinunzia, niuna forza può avere qualunque evidente consenso, e seguentemente qualunque atto geminato.

Ultimamente si oppone dal R. Fisco, che le fidejussioni delle donne per liberare i mariti dalle carceri, vagliono, anche senza dispensa.

9 A cotesta obbjezione si renderanno più risposte. I. si risponde, che fu dottrina di parecchi antichi interpetri del jus Civile, cessare il Vellejano, quando la donna si obbliga per liberar di prigione il marito, perchè
10 generalmente cessa il Vellejano, quando l'obbligo torna in utilità della donna (*b*), e regolarmente riesce utile alla donna lo scarcerarsi il marito; ma di cotesta dottrina abusaron poi il più degl' interpetri della nostra Prammatica, e degli altri simiglianti Statuti. Dove lo Statuto annulla gli obblighi delle donne, e ne riserva al solo Principe la dispensa, comecchè basti a sostenergli l' utilità delle donne, nondimeno dee di questa utilità giudicare non la donna medesima, o 'l Magistrato secondo la sua ordinaria giuridizione, ma 'l Principe solo, e non altrimenti il Magistrato, che per ispezial commessione del Principe.

11 II. si risponde, che i più dotti interpetri del jus comune, han seguita la contraria sentenza, secondo cui si è giudicato più volte. Rapporta il Paponio l'arresto, che

(a) *In d. L.* 22. *lit. K.*
(b) *d. Auth. si qua mulier.*

che segue (a): *Arresto Parisiensi 21. Martii anni 1528. mulier quaedam ad Vellejanum adversus creditorem mariti sui admissa fuit, pro quo se obligaverat, ut maritus ex carcere dimitteretur.* E tra' nostri, testimonia il Prato (b), che così giudicarono due rinomati giurisconsulti Bartolomeo Cepolla, e Bernardo di Bronzono: e dopo di avere allegate le ragioni, onde coloro giudicaron così, soggiunge, che si dovrebbe così giudicare, *fortius in Regno nostro, ubi viget Pragmatica Sanctio I. sub tit. de S. C. Vellejano.* 11

III. si risponde, che anche coloro, i quali insegnano, che per isprigionare il marito può la donna obbligarsi, soggiungono, esser da dire altrimenti, quando tal fosse colui, che le dovrebbe inutile riuscire, perchè cesserebbe allora la ragione della utilità della donna, anzi danno gliene verrebbe. Così, dopo il Baldo, ed altri, lasciò scritto in una delle sue Decisioni (c) Marcantonio de Amatis. E' dice, potersi sostenere l'obbligo della moglie *ex caussa utilitatis resultantis ex persona viri pro filiorum, & uxoris alimentis provenientibus ex labore, & industria ipsius viri, licet secus esset in idoneo ad nihil boni agendum, quia tunc non deberet detegi unum altare pro alio tegendo, hoc etenim esset damnum evidens, & notabile, in quo nulla caderet justa caussa, & tanto magis, quia sic mulier quaereret recuperationem ejus, quem non habere melius esset; nam, ut inquit Baldus, melius est uxori carere marito, quam malum maritum habere.* Or quale utilità potea sperare D. Nicoletta Punzi per se, o pe' suoi figliuoli dalla scarcerazion del marito? Un *vecchio settuagenario, ed acciaccoso*, com'essa il chiamò nel- 12

(a) *Lib. 12. tit. 5. num. 8.*
(b) *Discept. forens. tom. 2. cap. 33. n. 11. & 33.*
(c) *Decis. March. 62. num. 24.*

cui la Legge Romana fa nascer l'obbligo dall' atto ge-
8 minato, è, perchè *actus geminatus inducit evidentem consensum*, come notò su quella Costituzione il Gotofredo (*a*): e l'evidente consenso nocea, secondo il jus comune, alla donna, perchè aveasi come una rinunzia del Velle-
7 jano: ma poichè per la Prammatica è nulla del tutto qualunque espressa rinunzia, niuna forza può avere qualunque evidente consenso, e seguentemente qualunque atto geminato.

Ultimamente si oppone dal R. Fisco, che le fidejussioni delle donne per liberare i mariti dalle carceri, vagliono, anche senza dispensa.

9 A cotesta obbjezione si renderanno più risposte. I. si risponde, che fu dottrina di parecchi antichi interpetri del jus Civile, cessare il Vellejano, quando la donna si obbliga per liberar di prigione il marito, perchè
10 generalmente cessa il Vellejano, quando l'obbligo torna in utilità della donna (*b*), e regolarmente riesce utile alla donna lo scarcerarsi il marito; ma di cotesta dottrina abusaron poi il più degl' interpetri della nostra Prammatica, e degli altri simiglianti Statuti. Dove lo Statuto annulla gli obblighi delle donne, e ne riserva al solo Principe la dispensa, comecchè basti a sostenergli l' utilità delle donne, nondimeno dee di questa utilità giudicare non la donna medesima, o 'l Magistrato secondo la sua ordinaria giuridizione, ma 'l Principe solo, e non altrimenti il Magistrato, che per ispezial commessione del Principe.

11 II. si risponde, che i più dotti interpetri del jus comune, han seguita la contraria sentenza, secondo cui si è giudicato più volte. Rapporta il Paponio l'arresto,

che

(a) *In d. L. 22. lit. K.*
(b) *d. Auth. si qua mulier.*

che segue (a): *Arrestо Parisienſi 21. Martii anni* 1528. *mulier quaedam ad Vellejanum adverſus creditorem mariti ſui admiſſa fuit, pro quo ſe obligaverat, ut maritus ex carcere dimitteretur.* E tra' noſtri, teſtimonia il Prato (b), che così giudicarono due rinomati giuriſconſulti Bartolomeo Cepolla, e Bernardo di Bronzono: e dopo di avere allegate le ragioni, onde coloro giudicaron così, soggiunge, che si dovrebbe così giudicare, *fortius in Regno noſtro, ubi viget Pragmatica Sanctio I. ſub tit. de S. C. Vellejano.*

III. si risponde, che anche coloro, i quali insegnano, che per isprigionare il marito può la donna obbligarsi, soggiungono, esser da dire altrimenti, quando tal fosse colui, che le dovrebbe inutile riuscire, perchè cesserebbe allora la ragione della utilità della donna, anzi danno gliene verrebbe. Così, dopo il Baldo, ed altri, lasciò scritto in una delle sue Decisioni (c) Marcantonio de Amatis. E' dice, potersi sostenere l'obbligo della moglie *ex cauſſa utilitatis reſultantis ex perſona viri pro filiorum, & uxoris alimentis provenientibus ex labore, & induſtria ipſius viri, licet ſecus eſſet in idoneo ad nihil boni agendum, quia tunc non deberet detegi unum altare pro alio regendo, hoc etenim eſſet damnum evidens, & notabile, in quo nulla caderet juſta cauſſa, & tanto magis, quia ſic mulier quaereret recuperationem ejus, quem non habere melius eſſet; nam, ut inquit Baldus, melius eſt uxori carere marito, quam malum maritum habere.* Or quale utilità potea sperare D. Nicoletta Punzi per se, o pe' suoi figliuoli dalla scarcerazion del marito? Un *vecchio ſettuagenario, ed acciaccoſo*, com'essa il chiamò nel-

(a) *Lib.* 12. *tit.* 5. *num.* 8.
(b) *Diſcept. forenſ. tom.* 2. *cap.* 33. *n.* 11. & 33.
(c) *Deciſ. March.* 62. *num.* 24.

la *Supplica* data per ottener la dispensa: un uomo cotanto dalla rea fortuna avvilito, come potea, delle carceri uscendo, compensare il gran danno, che recava quell' obbligo alla moglie, ed a' figli? L' obbligo della moglie, per cavarlo di prigione, sarebbe stato (io nol niego) un' opera lodevole, e pia: ma non potea bastare ad ob-
13 bligarla contra le Leggi. Una madre, ne' tempi del Presidente de Franchis, erasi obbligata per trar di prigione un figlio nobile, e povero, il quale altrimenti (*a*) *in opprobrium familiae paternae, & maternae fuisset coactus cedere ignominiose bonis*. L' opera era lodevole, e pia: e pure il S. Consiglio dichiarò, che la madre non si era validamente obbligata (*b*).

14 IV. si risponde, che 'l più di coloro, che credono, potersi la moglie senz' alcuna dispensa obbligare per liberar di prigione il marito, parlano di marito incarcerato per causa civile, non per delitto. Così 'l citato Marcantonio de Amatis (*c*): *Aut agitur de redimendo viro a carceribus, in quibus vel pro debito, vel pro maleficio ex propria culpa detinetur. Primo casu, potest, etiam sine sollemnitatibus: secundo casu non, quia non est subveniendum his, qui stant in carceribus pro sua culpa ... & jura loquentia de redemtione captivorum, non habent locum in carceratis ex maleficio*. E questa è la più comune, e più ricevuta sentenza. Ce ne rende testimonianza il Tiraquello (*d*): *Quaestionis est, an haec procederent in redemtione ejus, qui ob scelera in vinculis detineatur*: e, rapportata l' opinione affermativa, soggiunge: *At sunt MULTO PLURES, qui tenent contrarium ... & Jason*

hanc

(a) *Decis.* 578. *num.* 6.
(b) *d. Decis. num.* 12.
(c) *d. Decis. num.* 1. & 2.
(d) *De Leg. connub. gloss.* 8. *n.* 188.

hanc dicit esse COMMUNEM OPINIONEM.... *Rationes in id recidunt, ut non sit eis subveniendum, qui ipsi suo scelere id mali adsciverunt*. Il Razional di Tommaso certamente reo non era de' delitti, che gli s'imputavano: ma, poichè negli obblighi è da attendere il tempo, in cui si contraggono, per rispetto del tempo dell'obbligo, che prese D. Nicoletta sopra di se, facea colui la figura di reo per la vergognosa *rubrica*, che gli si era formata contro.

V. si risponde, che la contraria opinione, quando nuocer potesse a D. Nicoletta, ch' era moglie, di certo nuocer non potrebbe a D. Barbara, ch' era cognata, ed estranea del tutto.

VI. si risponde, che l'opinione, che può la moglie senza dispensa obbligarsi per liberar di prigione il marito, ha luogo, quando il marito per l'obbligo della moglie acquista di fatto la libertà, sicchè torni alla moglie. Non si dice sprigionato chi esce d'una prigione per entrare in un' altra. L' isola, ove mandasi un reo, è non altro, che una prigione, onde si legge appresso i Romani giurisconsulti *insulae vinculum* (a): e l' isola di Lipari era per lo Razional di Tommaso una più dura prigione, che le carceri di S. Giacomo. Stava egli nelle carceri, ma stava in Napoli, dove poteva esser veduto, ed agevolmente soccorso da' suoi; ma dopo l'obbligo della moglie non solamente non acquistò la libertà, ma fu, per contrario, allontanato per sempre da lei. 15

Le ragioni recite in mezzo, e le allegate autorità de' Dottori, non si può negare, che inducono un dubbio. E tanto basta, perchè si abbia a giudicar per le donne. Così la sopraccitata *Pr. un. de S. C. Vellej.: Exceptio praesentis Pragmaticae opposita impediat litis ingressum*,

& IN

(a) *L. 5. ff. de interd. & releg.*

& IN DUBIIS CASIBUS OCCURRENTIBUS, debeat interpretari in favorem praefatarum (delle donne) *quibus subvenire intendimus.*

Ma perchè non dico io quel, che più importa? Nella *Supplica*, che D. Nicoletta, e D. Barbara porsero a S. M. nella Real Camera di S. Chiara, espressero il fine, per cui intendean di obbligarsi, e l' espresser così: *Per agevolare più presto la libertà ad un vecchio settuagenario, ed acciaccoso*. Or se a cotesto fine chiesero la *Dispensa*, a cotesto fine la *Dispensa* fu data; ma cotesto fine mancò di certo; dunque mancò parimente la *Dispensa*. Di ciò si parlerà nuovamente sul fine del I. Capo di questa Scrittura.

§. II.

La transazione fatta col R. Fisco fu da principio nulla, poichè per essa il Fisco conseguì quanto pretender potea senza dar nulla a D. Nicoletta, e a D. Barbara, ed agli altri obbligati per lo Razional di Tommaso.

16 LA transazione è un contratto oneroso, e se dall' una, e dall' altra parte non si dà, o si promette, è nulla del tutto: *Transactio*, son parole di Diocleziano, e Massimiano (*a*) *nullo dato, vel retento, seu promisso, minime procedit*. Nulla dandosi, o promettendosi dall' una delle parti, sarebbe non transazione, ma donazione: e 'l contratto, che come transazione non vale, mal può sostenersi come donazione, perchè chi vuol transiggere, non ha l' animo di donare. Or colla transazione dell' anno 1756., che diedero al Fisco D. Nicoletta, D. Barba-

(a) *In L.* 38. *C. de transact.*

bara, e gli altri obbligati per lo Razional di Tommaſo? Quanto il Fiſco potea pretendere. E che diè loro il Fiſco? Nulla. Ecco come chiaramente il dimoſtro.

Due coſe potea pretendere il Fiſco. L' una era il riſacimento del danno: l'altra era la pena. Per riſpetto del danno, i Razionali Creſcenzo, e Fontana, cui furon dati i conti a vedere, riferirono, che 'l credito fiſcale aſcendeva a duc. 79718. 4. 10.; ma i Razionali reviſori Taro, e Meſſina, il riduſſero a duc. 50898., ſoggiungendo, che reſtavano a diſcuterſi alcune partite dubbie. Or nella tranſazione dell' anno 1756. ſi promiſero al Fiſco tutti i duc. 50898.; tra' quali erano i 9000. promeſſi a nome del Razional di Tommaſo: e di eſſi ne ricevè 20000. nel tempo dell' iſtrumento, tra' quali furono i 3000. pagatigli dal Razional di Tommaſo: ed oltre a ciò, molte altre conſiderevoliſſime ſomme ne ha ſino al preſente di ricevute: e ſi promiſe ancora quella maggior ſomma, che, diſcuſſe le partite dubbie, ſi foſſe liquidata dentro lo ſpazio di 4. meſi a tenore degli ordini di S. M.

Per riſpetto poi della pena, conſeguì parimente il Fiſco quanto pretender potea dal Razional di Tommaſo: Fu coſtui relegato a perpetuo nell' Iſola di Lipari, dove, in capo a pochi giorni, ſi morì. E che gli poteva ſenza la tranſazione accader di peggio? Portò per la tranſazione la pena della Legge.

Ma 'l delitto del Razional di Tommaſo, e degli altri *rubricati* era di *peculato con falſità*: ſeguentemente meritava la pena dell' ultimo ſupplizio, ed oltre a ciò pena infamante. Così riferì la Camera della Sommaria alla Maeſtà del Re Cattolico. Or ecco quel, che diè 'l Fiſco con quella tranſazione al Razional di Tommaſo. Lo liberò dalla infamia, e dalla morte.

Quanto è vero, che 'l troppo zelo talvolta c'ingan-

na!

na! Di pena infamante non potea temere il Razional di Tommaſo. Non era egli nobile per privilegio, ma godea della nobiltà generoſa della Città di Ancona, come coſta per legittimi documenti. Nè men potea temer
17 della morte. Se ſi attende il jus comune, la pena della falſità, negli uomini liberi, regolarmente è la deportazione: ſolamente in alcuni caſi, che non han che fare col noſtro, è la morte (*a*): ſe poi ſi attendono le Leggi del Regno, di morte ſi puniſcono i falſatori del ſuggello del Re, delle monete, delle carte de' pubblici Banchi, e di alcune altre pubbliche ſcritture, non altri. Il
18 peculato poi, tuttochè unito alla falſità, quando queſta non ſia del genere di quelle, la cui pena è la morte naturale, colla ſola deportazione ſi è punito ne' noſtri Tribunali. Famoſa è la deciſion rapportata dal Reggente de Marinis (*b*). Reo di peculato era un Razionale della R. Camera della Sommaria? l'avea più volte commeſſo: avealo commeſſo con falſità. Teſtimonia il de Marinis, che un ſolo de' Giudici osò di condannarlo a morte, tutti gli altri il condannarono alla deportazione: ed in quel caſo non dubbia, come nel noſtro, ma certa ed indubitata era la pruova. A confermazione di ciò, mi piace di traſcrivere quel, che laſciò ſcritto il de Angelis (*c*): *In praxi ſervari, data reiteratione, ac peculatu cum falſitate, tantum poenam deportationis.* Gioverebbe d' aſſai alla cauſa quel, che coteſto Scrittore ſoggiunge per teſtimonianza di Matteo degli Afflitti, del Sanfelice, e di altri, che le pene corporali, onde le Leggi Romane, e municipali punivano il peculato, ſono ſtate nel noſtro Re-

(a) A. Matt. *in lib.* 48. *ff. tit.* 7. *cap.* 3. & 5.
(b) *Reſol. lib.* 1. *cap.* 291.
(c) *De delict. p.* 1. *cap.* 96. *n.* 7.

Regno abolite per un Capitolo del Re Roberto (*a*), che impone la sola pena pecuniaria del *nonuplo*; ma noa voglio io, per servire alla causa, attenermi ad una opinione, che conosco esser falsa. Quel Capitolo parla della sola azion civile competente al Fisco, nè toglie l' azion criminale.

Ma si esamini meglio cotesto punto secondo le Leggi. Il Razional di Tommaso, per le Leggi Romane, non potea mai condannarsi alla morte. Le Leggi Ro- 19
mane di deportazione puniscono il peculato (*b*). Primamente l'Imp. Giustiniano impose a' rei di peculato la pena della morte, ma non a tutti. L' impose sólamente a' Giudici, che, abusando di loro giuridizione, rubano il pubblico danaro. Eccone le parole (*c*): *Judices, qui tempore administrationis publicas pecunias subtraxerunt, lege Julia peculatus obnoxii sunt, capitali animadversioni eos subdi jubemus*, dove la parola, *capitali animadversioni*, che ben potrebbe spiegarsi della morte civile, assi ad intendere della morte naturale, perchè così l'intese Triboniano (*d*). Or, trattandosi di pena, e di pena di morte, chi è, che contra le regole della giurisprudenza avrebbe l'ardimento di estender la Legge da caso a caso, e da persona a persona? Parla la Legge de' soli *Giudici*. Dunque noa deve estendersi agli altri uffiziali, che Giudici non sono. I Razionali, nè meno abusivamente, possono chiamarsi *Giudici*.

Molto meno per le Leggi del Regno potea punirsi di morte il Razional di Tommaso. Due Leggi del Re- 20
gno abbiam noi, che di pene corporali puniscono i rei

(a) Cap. *vulgaris famae proloquium*.
(b) *L. 3. ff. ad L. Jul. peculat.*
(c) *In L. un. C. de crimine pecul.*
(d) *Inst. lib. 4. tit. 18. §. 9.*

di peculato, l' una del Re Ruggiero, l' altra del Re Carlo II. Il Re Ruggiero, parlando non ſolo de' Giudici, ma degli altri pubblici uffiziali rei di peculato, diſ-
21 ſe (*a*), *Capite puniantur*, la quale è una eſpreſſione dubbia, e ne' Libri delle Leggi municipali s' intende il più delle volte della morte civile: e così l' inteſe Matteo degli Affittì, ſcrivendo su quella Legge: *Tu intellige, quod puniuntur poena deportationis, quae eſt poena capitis, ſcilicet mortis civilis*: e così l' inteſero il più de' noſtri Scrittori.

22 Ma s' intenda pure della morte naturale, la Coſtituzion di Ruggiero, fu certamente corretta per un Capitolo del Re Carlo II., che, parlando de' Giuſtizieri, de' Giudici, e degli altri pubblici uffiziali, ſcriſſe (*b*): *Statuimus, quod Juſtitiariis, Judicibus, & notariis hujusmodi ſolida Regia ex nunc de fiſcali pecunia duplicentur: & ſi qui eorum in receptionem, vel exactionem praedictam, ſeu pecuniae Curiae ſubtractionem deliquerint, pro his, quae Fiſco ſubtraxerint, nonupli (poena) multentur, praeter corporales poenas eis pro noſtro arbitrio infligendas*. Ecco le pene del peculato ſecondo le più recenti Leggi del Regno, contra cui non poſſon valere le autorità de' Dottori, o de' Tribunali. I rei di peculato, tuttochè pubblici uffiziali, ſi puniſcono colla pena del *nonuplo*, e con altre corporali ad arbitrio del Re. In qual Legge del Regno è preſcritta contr' a' rei di peculato la pena dell'ultimo ſupplizio? La pena delle noſtre Leggi è arbitraria: nè può la pena arbitraria eſtenderſi alla morte, ſe ciò non ſi dica eſpreſſamente nella Legge. La ragion tratta dal ſeno della Giuriſprudenza, è queſta. La pena arbitra-
23 ria, di ſua natura è dubbia: e nel dubbio s' impongon

ſem-

(a) In Conſt. *Officiales Reip.*
(b) In Cap. *ad hoc volentes.*

sempre le pene più miti: *Interpretatione*, diceva Ermogeniano (a), *Legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae*. E se ciò ha luogo nel Giudice, quanto più 24
deve aver luogo nel Principe, nel quale, ad esempio di Dio, le cui veci fa sulla terra, riluce, sopra ogni altra virtù, la clemenza? Dunque la pena più grave, che si può per le Leggi del Regno imporre ad un pubblico ufiziale reo di peculato, è la pena della deportazione. E non fu balzato in un' isola il Razional di Tommaso? in un' isola lontanissima dalla patria, e da' suoi? dove non era da sperare, che rivedesse più l'afflitta moglie, e i dolenti figliuoli, che vedeva ogni dì nelle carceri di Napoli? in un' isola, dove tardi, e scarsi soccorsi gli potean venire da' suoi a somma inopia ridotti, principalmente per gli obblighi dalla moglie contratti col R. Fisco? in un' isola, dove, essendo già grave d' anni, ed infermo, dovea di breve morire, come avvenne di fatto?

§. III.

Molto più dee dirsi nulla la transazione, perchè conseguì per essa il R. Fisco, senza dar nulla, molto più di quello, che potea pretender per Legge.

PEr Legge, se reo di peculato era il Razional di Tommaso, da lui solo, e sulla di lui roba sola poteva il R. Fisco pretendere il risacimento de' danni. Ma inefficace, per la inopia del debitore; era di certo quell' azione: *Inverificabile* (così si dice in un Real Dispaccio del dì 1. del mese di Agosto dell' anno 1758. epilogandosi una relazione della R. Camera) *inverificabile era l' indennizazione del credito fiscale per la insufficienza de-*

(a) *In L. 42. ff. de poen.*

gli effetti ſequeſtrati. Or il Fiſco, che ſulla roba del Razional di Tommaſo non potea ſperare riſacimento di danni, e che dalla moglie, dalla cognata, da' figli, e dagli altri congiunti pretendere nol poteva, acquiſtò, tranſigendo, azione anche contra la moglie, la cognata, i figli, e gli altri congiunti del vero ſuo debitore; ed aſſicurò ſulla di loro roba il ſuo credito. E qual pro ne venne al Razional di Tommaſo, per riſpetto di cui ſi obbligaron coloro? Se foſſe ſtato certamente reo di *peculato con falſità*, relegandolo in un'iſola, dopo ſette anni di penoſiſſimo carcere, nulla gli avrebbe dato il Fiſco, perchè, come ſi è dimoſtrato, coteſta era la pena della Legge. Ma 'l Razional di Tommaſo non avea confeſſato il delitto, e non n'era convinto. Deboliſſima era la pruova contra lui fatta dal Fiſco: ed ecco qual'era. Il Razional di Tommaſo ammiſe i conti colla ſolita decretazione, *poteſt recipi*: ne riferì le liquidazioni nella ſeconda Ruota, e ſottoſcriſſe le *declaratorie* a beneſizio del Percettore. Dunque doveva accorgerſi delle frodi, e delle falſità, che vi erano. Dunque gli ammiſe, e gli riferì, conſapevole delle frodi, e delle falſità.

Ma chi sa l'uſato ſtile de' Razionali della R. Camera nel ricevere i conti, e nel riferirne le liquidazioni, agevolmente conoſcerà la debolezza di coteſta pruova. Molti Prorazionali di Camera concordemente *depongono*, eſſer ſoliti i Razionali di far la decretazione del *poteſt recipi* a fede de' Prorazionali: nè perchè ſono teſtimonj *a difeſa*, dee valer poco la loro teſtimonianza. Sono eſſi uffiziali della R. Camera, ch'è 'l Tribunale del Fiſco, e contr' al Fiſco *depongono*. Un uffiziale del Tribunale del Fiſco non *depone* di buon cuore contr' al Fiſco: e ſe 'l fa, è da dire, che 'l faccia ſoſpintovi dalla ſola forza del vero. So, che i teſtimonj fiſcali dicono, che i Razionali ſogliono ſtare a fede de' Prorazionali

nali nelle liquidazioni de' conti, non nel farsi la decretazione del *potest recipi*; ma poichè si sa, che liquidazion de' conti è un esame più minuto, e più stretto, che non è l' semplicemente ammettergli col *potest recipi*; chi è, che intenda quel, ch' essi dicono? In quanto alla falsità, che al Razional di Tommaso s' imputa, consiste tutta in una carta di *pago* falsata. Appartenea cotesta carta al *conto ordinario di Terra di Lavoro*, del qual era commessario il Razional Sansone, nol Razional di Tommaso; e si giustificava per essa un pagamento di ducati 3500. *per causa delle imposizioni ordinarie*. Dal *conto ordinario* fu trasferita nel *conto straordinario* commesso al Razional di Tommaso, e vi fu trasferita per giustificare altri duc. 3500., che nel conto straordinario si volean rubare, e di fatto si rubarono al Fisco: e perchè potesse giovare, se ne falsò quella parte, ov' era scritto, *per causa delle imposizioni ordinarie*, e vi si scrisse, *per le franchigie del nuovo battaglione*. Non nego, ch' era la carta falsata in modo, che dava agli occhi; ma nelle carte di *pago*, regolarmente poco si bada alla politezza della scrittura, e non di rado vi si offervano sì fatte viziature senz' alcun sospetto di dolo: e due sensibilissime ce ne sono nelle cautele del conto dell' anno 1746.

Ecco la pruova del Fisco. E potea bastare a convincere il Razional di Tommaso? Il dolo si dee prova- 25
re *ex PERSPICUIS indiciis*, come dicono gl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano (*a*), *& ex magna, & EVIDENTI calliditate*, come dice Ulpiano (*b*): e generalmente si sa, che nelle cause criminali, perchè possa far- 26
si luogo alla pena della Legge, debbon le pruove esser più chiare *della luce del mezzo dì*, come parlano i nostri.

(a) *In L. dolum C. de dolo malo.*
(b) *In L. 7. §. 10. ff. eod.*

ſtri. E dov'è la *perſpicuità* degl'indizj? dove l'*evidenza* della malizia? dove tanta chiarezza, quanta ne ha'l Sole nel mezzo dì? Al più, potrebbe la pruova fatta dal Fiſco, far preſumere la ſcienza nel Razional di Tommaſo. E' mera preſunzion di Legge, che chi ſottoſcrive una ſcrittura, l'abbia, prima di ſottoſcriverla, ben letta, e con piena ſcienza l'approvi. Coteſto punto trattando il giuriſconſulto Marciano (*a*), uſa il verbo *videtur*, dinotante mera preſunzione. E chi ha finora oſato di dire, che per la ſcienza preſunta poſſa la pena della Legge aver luogo? Io il contrario ho letto appreſſo i Dottori. Baſti per tutti il ſolo giudizioſiſſimo Cardinal de Luca, fedel teſtimonio delle più ricevute ſentenze (*b*): *Ubi agitur de poenis, ſeu aliis gravibus praejudiciis, ſcientia debet eſſe vera, & explicita, & non ſufficit praeſumta.*

27 28

Poſto ciò, chi non vede, che per difetto di pruova non poteva il Razional di Tommaſo punirſi di pena afflittiva di corpo? E dopo ſette anni di carcere, e dopo di aver rifatto interamente il danno del Fiſco (coſa *inverificabile per la inſufficienza* della roba) ſi balza a perpetuo in un'iſola, come ſe aveſſe confeſſato il delitto, o ne foſſe ſtato convinto? Dunque conſeguì per quella tranſazione il Fiſco, ſenza dar nulla, molto più di quello, che potea pretender per Legge. Dunque fu del tutto nulla la tranſazione. Dunque ſi dee reſtituire l'indebito eſatto coll'intereſſe.

§. IV.

(a) *In L. ſicut* 8. §. 15. *ff. quib. mod. pign.*
(b) *De empbyt. diſc.* 36. *num.* 12.

§. IV.

Della transazion fatta col Fisco, non è da tenersi alcun conto, come di quella, che fu fatta per falsa causa.

LA falsa causa, che *falso presupposto* volgarmente di- 29
cesi da' nostri, talvolta nuoce all'atto, talvolta non nuoce. La regola da conoscere l'un caso dall'altro, si dee prendere dalla qualità dell'atto. Se l'atto, è atto di liberalità, qual'è la donazione, o'l legato, la falsa causa regolarmente non nuoce, perchè chi fa l'atto, tuttochè per falsa causa il faccia, ha l'animo di usar liberalità, purchè non si provi, che non l'avrebbe fatto, se avesse saputo in quel punto, che la causa era falsa. Della donazione, è scritto appresso Paolo (*a*): *Quod ob causſam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.* Non altrimenti scrive Papiniano del legato (*b*): *Falsam causſam legato non obesse, verius est: quia ratio legandi legato non cohæret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.* Se poi l'atto non è atto di liberalità, generalmente è vero, che la falsa causa gli nuoce, perchè non ha luogo in esso la ragione del giurisconsulto Paolo, *quia donare volui*: ch'è la sola ragion, che'l sostiene; e perchè l'atto si fa per er- 30
rore, che toglie il consenso (*c*): *Frequentius ad praxim est reducibilis*, dice il Card. de Luca (*d*), *ea species in-*

se-

(a) *In L. in summa* 85. §. 2. *de cond. ind.*
(b) *In L. quum tale* 72. §. *falsam* 6. *de cond. & dem.*
(c) *L. nihil* 116. §. 2. *de reg. jur.*
(d) *De credito disc.* 123. *n.* 11.

fectionis, quae resultat a causa falsa, seu falso praesupposito, quum tunc intret vitiositio ex deficiente consensu, qui in errante adesse non dicitur.

Al lume di cotesti principj legali, si esamini la transazion fatta col R. Fisco. Non è certamente la transazione un atto di liberalità. Dunque nuocer le dee la causa falsa. Or ecco quanto falsa fu la causa, per cui si fece. Alla transazione intervennero la R. Camera, che umiliò suo parere al Re: il Re, che vi si uniformò; e 'l Razional di Tommaso, e gli altri, che si obbligarono. Credè la R. Camera, che la pena del *peculato con falsità*, fosse per Legge l'ultimo supplizio: e così riferì. La fede del suo Magistrato seguì la M. del Re Cattolico. Or que' medesimi sentimenti, che umiliò la Camera al Re, si dee credere, che si fossero fatti noti al Razional di Tommaso, ed agli altri per lui obbligati: ed ecco, che la Camera credette di far con quella transazione il pro del R. Fisco, cui si rifaceano i danni, e 'l pro del Razional di Tommaso, che liberavasi dal pericolo della morte: il Re credette d'imporgli pena molto minor di quella, che potea meritare: e 'l Razional di Tommaso, e gli altri, temendo di quella morte, che minacciavasi, credettero di conseguire un gran bene transiggendo a quel modo. Ma, secondochè si è mostrato nel §. II. di questo Capo, la Camera (sia detto salva la reverenza dovuta a que' dottissimi Ministri, che di quel tempo la componeano) credè per errore, che potesse il Razional di Tommaso meritar la pena della morte: e cotesto error suo ne fece entrare l'ingiusto timore negli animi del Razionale, e degli altri obbligati, e così diè causa alla transazione.

Non mi si dica, che doveva il Difensor del Razional di Tommaso sapere, che la pena del *peculato con falsità* non era l'ultimo supplizio; poichè non intendo io

di

di offendere la di lui memoria, dicendo, che ignorava il Capitolo del Re Carlo II (*a*). E' così vasta la giu- 31
risprudenza, che l'ignorarne il tale, o'l tal luogo, non fa vergogna.

Nè mi si dica, ch'era cotesto un error di Legge, e che l'error di Legge non giova; poichè non giova, 32
quando si voglia far lucro, ma giova bene, quando si tratti di schivar danno. Così leggo in un luogo di Papiniano (*b*): *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet*. Leggo ancora in un altro (*c*): *Juris error nec fœminis in compendium prodest: cæterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei sunt non nocet.*

CAPO II.

Si mostrano i crediti de' figli, ed eredi del Razional di Tommaso.

TRa i crediti de' figli, ed eredi del Razional di Tommaso, potrei noverar quello, che a colui si dovea, secondo l' usato stile della R. Camera, pagare, e non fu pagato per le tante straordinarie fatighe, che per molti anni sostenne. Una nota scritta a penna di cotestе fatighe si porrà sotto gli occhi degl' interissimi Signori Giudicanti: e non è da dubitare, che ne terranno quel conto, che si conviene.

Ma ci è un credito molto più chiaro, ed è 'l credito del prezzo, e dell' interesse del prezzo della *Com-*

(*a*) Cap. *ad hoc volentes.*
(*b*) *In L. 7. de jur. & fact. ign.*
(*c*) *In L. 8. eod.*

meſſa del Cedolario, che nel meſe di Gennajo dell'anno 1734 al Razional di Tommaſo fu venduta dall' Imperador Carlo VI, e poi gli fu tolta nell'anno 1739. La giuſtizia di coteſto credito, naſce da un Real Diſpaccio del dì 17. del meſe di Febbrajo dell' anno 1738. Ebbe in eſſo S. M. C. *per valide, ed approvate tutte le vendite degli uffizj fatte dalla Corte di Vienna, con che però, togliendoſi a' poſſeſſori la percezion de' frutti*, ſi doveſſe loro *formalmente intimare l' obbligazion di eſibire nel Tribunal della Camera dentro il termine di ſei meſi le carte di pago del prezzo delle riſpettive compre*. E' vero, che 'l Razional di Tommaſo non eſibì nè dentro quel termine di ſei meſi, nè poi la carta di *pago*; ma vero è ancora, che non gli fu mai *formalmente intimata l' obbligazion* di eſibirla, onde il tempo non cominciò mai a correre contra lui: ſeguentemente non è mai corſo contra gli eredi.

Non mi ſi opponga la ſcienza, che veriſimilmente il Razional di Tommaſo ne avea; poichè, ſe mi ſi dice, ch'ebbe ſcienza del Diſpaccio Reale, è parimente da dire, ch'ebbe ancora ſcienza, che gli ſi dovea *formalmente intimare l' obbligazione* di eſibir quella carta. La Legge, richiedendo la ſcienza naſcente dalla *formale intimazione*, la qual' è la certa e la vera ſcienza, eſclude la *preſuntiva*: ed o come ſi conforma quel Real Diſpaccio con quel, che, giuſta i principj del jus comune, da' Dottori
33 s'inſegna! Per riſpetto della ſcienza *preſuntiva*, o certa e vera, nelle ſcuole, e nel foro ſi diſtingue così. Per non acquiſtare, baſta la ſcienza *preſuntiva*: per perdere un jus acquiſtato, la ſcienza *preſuntiva* non baſta. Così la Ruota Romana (a): *Quum agitur de amiſſione juris jam quaeſiti, requiritur certa & indubitata ſcientia, nec*

prae-

(a) *In recens. p. 2. deciſ. 593. num. 4.*

praeſumta videtur ſufficere. Non altrimenti il Card. de Luca (*a*): *In graviter praejudicialibus, non ſufficit ſcientia praeſumta vel conjecturalis, ſed debet eſſe expreſſa.*

Nè ſi dica, che parla il Diſpaccio di *uffizj* vendibili, tra' quali non è la *Commeſſa del Cedolario;* poichè la parola *uffizio* comprende, ſecondo il proprio ſuo ſignificato, tutti gl' impieghi di qualunque genere: nè ci è ſtato ancora, chi abbia oſato di contendere al Principe la poteſtà di render vendibili quelli, che per lo paſſato non ſi ſono venduti giammai. La *venalità* degli 34
uffizj, dipende unicamente dall' arbitrio del Sovrano: e n'è di ciò grande argomento l'oſſervare, che ſono venali nella Francia molti uffizj, che venali non ſono nella Germania: e molti, che ſon venali nella Germania, tali nelle Spagne, o nella Italia non ſono. Anche gli uffizj, a' quali è anneſſa l'amminiſtrazion della giuſtizia, poſſono per volontà del Principe diventar venali: e non altrimenti ne torna biaſimo al Principe, che quando a perſona immeritevole gli venda. E' queſta una dottrina del dotto Saliceto, cui han ſeguito comunemente i Dottori, e nominatamente la Ruota Romana (*b*), e 'l giudizioſo Card. de Luca (*c*). Per quel che poi ſi appartiene agli uffizj, a' quali non è anneſſa giuridizione, del qual genere è la *Commeſſa del Cedolario*, la coſa è tanto chiara, che nulla più. Ed ora s' intende la ragione, per cui S. M. Cattolica ordinò l' eſibizion della *carta di pago*. Coteſta carta è ſicuriſſima pruova d' una vendita fatta con pubblicità, e per volontà del Principe. La clandeſtina venalità ſarebbe quella, che ſola potrebbe nuocere agli eredi del Razional di Tommaſo. Ma ecco

(a) *De cred. diſc.* 75. *num.* 3.
(b) *Recent. part.* 11. *deciſ.* 338. *num.* 1.
(c) *De Regal. diſc.* 2., & 5.

esibiscono essi la *carta di pago*, in virtù di cui sono creditori di 6000. fiorini pagati all' Imperadore, oltre di altri 1000. di diritti di spedizione di privilegio, e di *agenzia*.

Di Casa nel dì 11. del mese di Settembre dell' anno 1764.

Per lo Marchese D. Filippo Villapiana contr' a' Padri di S. Giovanni a Carbonara.

ARGOMENTO.

I. Quando gli Ecclesiastici non possano allegare il difetto dell' assenso Appostolico.

II. Il difetto della causa finale, non rende nulla la transazione.

III. Non si rescindono le transazioni come lesive, avvegnachè enormissima sia la lesione.

IV. Colui, che impugna la transazione, non può essere inteso, se prima non restituisca in vigor del patto quel, che ha ricevuto in virtù della stessa transazione.

SOMMARIO.

1 *NUllo è 'l rescritto, se mendace è la supplica. E dove può consistere il mendacio.*

2 *Dello stile, onde si concedono, e si negano gli assensi.*

3 *L' insolito dà sempre un mal sospetto di se.*

4 *Quali sieno i decreti, che ne' libri delle Leggi diconsi* decreta ambitiosa.

5 *Do-*

5 *Dove gli Eccleſiaſtici ſienſi obbligati d' impetrar l' aſſenſo, non poſſono impugnar l' atto fatto per difetto dello ſteſſo aſſenſo:* Ved. i num. ſeg.

6 *La locazione oltre i tre anni, per dritto Canonico, ſi ha per alienazione.*

7 *Niuno può allegare la propria turpitudine:* Ved. i num. 5. e 6.

8 *L' aſſenſo non impetrato per negligenza, ſi ha per impetrato.*

9 *Se nelle tranſazioni, e nè compromieſſi, che ſi fanno* de jure, & de facto, *ſia neceſſario l' aſſenſo Appoſtolico: e diſtingueſi tra 'l jus perfettamente acquiſtato, e 'l jus deferito, e non ancora dalla Chieſa perfettamente acquiſtato.*

10 *Il debitore, che può fare un qualche acquiſto, e nol voglia fare, non è da dire, che 'l faccia in frode de' creditori.*

11 *Non è perfettamente noſtro, quello, che per una qualche cagione ci può eſſer tolto.*

12 *Il difetto della cauſa finale, non rende nulla la tranſazione:* Ved. i num. ſeg.

13 *La tranſazione fatta in buona fede, non ſi reſcinde per lo nuovo ritrovamento degl' iſtrumenti.*

14 *Dove la tranſazione trovaſi di già fatta, non ſi può più opporre nè l' eccezione dell' intenzione, o del fatto, nè la condizion dell' indebito:* Ved. i num. ſeg.

15 *Il ſolo timor della futura lite, è giuſta cauſa della tranſazione.*

16 *Quel, che in vigor della tranſazione ſi promette, o ſi dà, non ſi dà, o ſi promette come dovuto per cauſa antecedente, ma come un debito, che comincia dalla ſteſſa tranſazione.*

17 *Dove l' evidente calunnia, e 'l dolo han data cauſa alla tranſazione, la tranſazion ſi reſcinde.*

18 *Chi*

18 *Chi trovasi ſcritto erede in due teſtamenti, ſe dubita della validità del ſecondo, non può nè in vigor dell' uno, nè in vigor dell' altro adire l' eredità.*

19 *La tranſazione non ſi reſcinde come leſiva, avvegnachè enormiſſima ſia la leſione:* Ved. i num. ſeg.

20 *Per la pubblica utilità non ſi attende il danno de' privati.*

21 *La tranſazione non ha meno di forza, che la coſa giudicata.*

22 *Contra la regiudicata non può venirſi col preteſto di ſofferta leſione.*

23 *Il patto non contrario alla Legge, deveſi oſſervare.*

24 *La tranſazione ſi diſfà col reciproco diſſenſo delle parti: e deeſi prima reſtituire quel, che in vigor della tranſazione ſi è ricevuto:* Ved. il num. ſeg.

26 *Non comportan le Leggi, che uom tragga utilità da quell' atto, che impugna:* Ved. i num. ſeg.

27 *Chi come inofficioſo impugna il teſtamento, perde il legato.*

28 *Il fatto d' altrui, non dee alla noſtra condizione detrimento arrecare.*

29 *Niuno può mutar conſiglio, e propoſito in pregiudizio, ed ingiuria d' altrui.*

30 *Il jus pubblico non può mutarſi da' patti de' privati.*

31 *Il Giudice dee giudicare a tenor delle Leggi, o delle coſtumanze.*

ALLEGAZIONE XI.

NEL dì 17. del meſe di Aprile dell' anno 1762. ſottoſcriſſe D. Domenico Ceſtari un teſtamento: ſull' alba poi del dì 18. ſi morì. Apertoſi il teſtamento la mattina del d. dì 18. ſi trovò ſcritto erede il Moniſtero di S. Giovanni a Carbonara, che lo ſteſſo dì deduſſe l' ere-

eredità nel S. Conſiglio: indi nel dì 20. chieſe nella G. Corte il decreto di preambolo *ex teſtamento*: e, ſenza alcun contraddittore, nel dì 21. l'ottenne. Ma 'l Marcheſe D. Filippo, e 'l Cavalier Geroſolimitano D. Gennaro Villapiana, figli della ſorella del defunto D. Domenico, aveano nel d. dì 20. iſtituito nel S. Conſiglio il giudizio della nullità del teſtamento: indi dal Conſiglier Commeſſario della eredità ottennero due decreti, l' uno nel d. dì 21. ordinante, che la G. Corte procedeſſe di nuovo alla interpoſizion del decreto di preambolo, inteſi tutti gl' intereſſati, e che intanto tutti ſi ſequeſtraſſero i beni ereditarj, *etiam quoad fructus, & penes tertium*: il qual ſequeſtro fu immantinente eſeguito: l'altro nel dì 28. del meſe di Maggio ordinante, che non ſi procedeſſe alla interpoſizion del decreto di preambolo ſino a tanto che non ſi foſſe dal S. Conſiglio provveduto altrimenti, viſto l'eſito del detto giudizio di nullità: al qual ſecondo decreto diè cauſa un buon numero di atteſtati di perſone, maggiori di qualunque eccezione, pe' quali ſi andava non oſcuramente a conoſcere la nullità del teſtamento per difetto di volontà, e per difetto di ſolennità.

Eſſendo in queſto ſtato la cauſa, nel dì 1. del meſe di Decembre del detto anno 1762. ſi ſtipulò tra' PP. di S. Giovanni, e i Signori fratelli di Villapiana un iſtrumento di tranſazione, in virtù di cui rinunziarono queſti ſecondi al giudizio della nullità del teſtamento, e cederono a que' primi qualunque *azione appartenеſſe, o poteſſe loro appartenere così ſopra i beni dotali della qu. D. Caterina Durante madre del detto D. Domenico, e loro ava materna, come ſopra qualſivogliano altri beni ſoggetti alla Conſuetudine*: e ſi obbligaron que' primi di pagare a' ſecondi ſu i beni ereditarj, per una ſola volta, ducati 5000. dentro un anno dal dì 5 che *foſſero immeſſi nel*

do-

dominio, e poſſeſſo di tutti i detti beni ereditarj.

Di coteſta tranſazione ſi valſero i PP. contra gli altri, ch' erano contra di loro in giudizio. In fatti in un' *iſtanza* dell' anno 1763. dal lor Procuratore prodotta contra D. Liberato Nicodemo, congiunto anch' eſſo del teſtatore, ſi legge: *Ricorre pertanto in eſſo S. R. C., e non avendo eſſo magn. Nicodemo azione, nè ragione alcuna ſopra di detta eredità, mentre, quando anche foſſe certo D. Domenico morto ab inteſtato, in concorſo co' detti fratelli di Villapiana in un grado più proſſimo, ſarebbe rimaſto eſcluſo, fa iſtanza eſpellerſi a limine judicii, e con effetto ordinarſi il diſſequeſtro de' ſuddetti beni, e che la G. C. proceda alla ſpedizione del preambolo ex teſtamento:* ed in un altra del detto anno, ad eſcludere il Moniſtero della Conſolazione, ov' erano due ſorelle del defunto D. Domenico, ſi dice, che *i fratelli di Villapiana aveano receduto dalla lite, e dati per rotti, irriti, nulli, e caſſi tutti gli atti, e decreti fatti a loro iſtanza con preſtare il conſenſo di toglierſi il ſequeſtro, e darſi al Convento l' immiſſione*. Così quel ſequeſtro, che ad iſtanza de' Signori fratelli di Villapiana trovavaſi ordinato, ed eſeguito *quoad fructus, & penes tertium*, fu nel dì 31. del meſe di Agoſto dell' anno 1764. ridotto a ſequeſtro *penes RR. PP. S. Johannis:* ed eſſendoſene gravati il Moniſtero della Conſolazione, il Duca Albano, e'l Marcheſe Ruggiero, ed avendo al gravame inerito i PP., nel dì 15. del meſe di Marzo dell' anno 1766. feceſi dal S. Conſiglio il ſeguente decreto: *Viſa ſupplicatione porrecta pro parte Ven. Monaſterii praedicti, idem Ven. Monaſterium immittatur in poſſeſſionem bonorum hereditariorum D. Dominici Ceſtari vigore teſtamenti, & decreti praeambuli, praeſtita per d. Ven. Monaſterium laicali obligatione de non alienando, & etiam reſpectu fructuum*. Ma quali furono i motivi dal Procuratore del Moniſtero allegati

gati

gati nella *Supplica?* Eccogli: *Illustres fratres de Villapiana . . . a judicii persequutione destiterunt, & non modo renunciaverunt omnibus actis, verum etiam, tanquam proximiores testatori, omnes, & quascumque actiones, & jura sibi ipsis competentes, & competentia ab intestato, vel ex Consuetudine, cesserunt, & transtulerunt in beneficium ejusdem Principalis tam ad finem agendi, quam tuendi adversus omnes alios praetensores . . . . Recurrit ideo ad M. V., eamque supplex exorat, ut dignetur mandare eidem vestro R. Consiliario, quod tempore V. E. super Supplicatione porrecta pro parte dd. Ill. Ducis, & Marchionis, proponat etiam contenta in praesenti Supplicatione ad finem decernendi, quod Principalis supplicantis immittatur in liberam possessionem omnium bonorum d. hereditatis.* il qual decreto fu prontamente eseguito: ed ecco incominciato l'anno, dentro cui doveano i PP. fare il convenuto pagamento de' duc. 5000. Ma dappoichè ebbero essi raccolto il frutto della transazione, cioè, dopo di avere ottenute le liberazioni del molto danaro, ch'era ne' Banchi, e la libera, e tranquilla percezione di tutte le rendite ereditarie, ricorsero nel S. Consiglio, e l'impugnarono con una *Supplica* del dì 17. del mese di Febbrajo dell'anno 1767, e con una *istanza* del dì 27. del mese di Giugno: e l'impugnarono per tre motivi, cioè, per difetto dell'assenso Appostolico, ch'era stato da loro chiesto, e negato loro dalla Sacra Congregazione de' Vescovi, e Regolari: per difetto della causa finale, giacchè per nuove scritture erasi chiaramente conosciuto, che della validità del testamento non era in alcun modo da dubitare, e che insussistenti, e del tutto ideali erano le azioni cedute loro da' Signori fratelli di Villapiana, e conseguentemente non atte a difendersi contra gli altri interessati: per lo qual doppio fine si erano indotti a transigere; e finalmente perchè, posto il difetto della

detta cauſa, enormiſſimamente leſiva era riuſcita la tranſazione.

A coteſta *Supplica*, ed a coteſta *iſtanza* da' Signori fratelli di Villapiana ſi riſpoſe con due *iſtanze*, nelle quali ſi conchiuſe così, *che 'l Moniſtero di S. Giovanni a Carbonara adempia ciocchè ha coll' iſtrumento medeſimo promeſſo, ſervata forma ipſius: ed indi gradatim, conditionaliter, & ſucceſſive, qualora il Moniſtero medeſimo voglia pretendere, che non ſi abbia ad aver conto neſſuno dell' accennato iſtrumento per la mancanza del ſuddetto aſſenſo, non gli ſi dia udienza, ſe prima non ſi riducano le coſe nel primo ſtato, in cui erano avanti di ſtipularſi l' iſtrumento ſuddetto, col farſi nuovamente il general ſequeſtro su tutti li beni ereditari di eſſo D. Domenico Ceſtari, e con obbligarſi il Moniſtero a far depoſito di tutte le quantità eſatte, e frutti percepiti da' medeſimi beni, a danno, ſpeſe, ed intereſſe del medeſimo Moniſtero:* e finalmente, che, *eſſendoſi degnata la M. del Re di ordinare, che i luoghi pii Eccleſiaſtici non poſſano far nuovi acquiſti, e che ſi abbiano per non fatte tutte le iſtituzioni, o altri atti tra vivi, o per ultima volontà a loro favore, di cui non ſiano ancora puntualmente le condizioni, e non ne ſiano già li luoghi pii ſuddetti in poſſeſſo non contraddetto: nè potendoſi dubitare, che 'l poſſeſſo dato al ſuddetto Moniſtero ſia contraddetto . . . . ſiano i d. fratelli di Villapiana immeſſi nel poſſeſſo medeſimo per oſſervanza ed eſecuzione del d. Real Diſpaccio: e che frattanto ſi ſottopongano a general ſequeſtro tutti li beni così ſtabili, come mobili, annue rendite, e ſcritture della eredità del ſuddetto Ceſtari.*

In viſta di coteſte vicendevoli pretenſioni, nel dì 19. del meſe di Luglio dell' anno 1771. feceſi dal S. Conſiglio il ſeguente decreto: *In biduo audiantur partes ſuper omnibus hinc inde deductis, & praetenſis: & interim*

Re-

Regale Coenobium S. Johannis ad Carbonariam faciat depositum intereſſe decurſi vigore inſtrumenti calculandi per Scribam cauſae ad rationem ducatorum quatuor pro ſingulis centum, & in poſterum decurrendi ex capitali ducatorum quinque mille ex fructibus tamen bonorum hereditariorum q. D. Dominici Ceſtaro, deductis prius oneribus hereditatis praedictae, & aliis legatis in teſtamento contentis: contr' al qual decreto, ſi ſono, a nome del Marcheſe D. Filippo, prodotti quattro capi di nullità. E queſto è lo ſtato, in cui è oggi la cauſa.

CAPO I.

I PP. di S. Giovanni a Carbonara non poſſono allegare il difetto dell' aſſenſo Appoſtolico.

PRima di farmi a dimoſtrare, che non poſſano i PP. di S. Giovanni allegare il difetto dell' aſſenſo Appoſtolico, convienmi di traſcrivere una particella dell' iſtrumento della tranſazione, ch' è queſta: *E per fine ſi conviene, che quantunque il preſente contratto ſembra non aver biſogno dell' aſſenſo Appoſtolico a tenore della Bolla di Urbano VIII, perchè formato prima, che i beni paſſino in poſſeſſo della d. Congregazione, ad ogni modo, perchè l'effetto di un tale contratto ſi è poſt annum a die captae poſſeſſionis, e potrebbe naſcere il dubbio ſu la neceſſità di d. aſſenſo Appoſtolico, in tale caſo ſi è convenuto, che, quatenus opus tale aſſenſo foſſe neceſſario, debba la d. Congregazione dimandarlo: ed all' incontro, i ſudetti Signori fratelli di Villapiana ſiano obbligati fare qualunque ſpeſa neceſſitaſſe per ottenere d. aſſenſo Appoſtolico.* Or volendo i PP. ſoddisfare all' obbligo ſopra di ſe preſo

di chieder l' assenso nel mese di Decembre dell' anno 1766, ricorsero alla Sacra Congregazione de' Vescovi, e Regolari per ottenerlo; ma nel dì 5. del detto mese, con un semplice *lectum*, fu loro negato: e ce n'è documento negli atti. Ecco il difetto dell'assenso Appostolico, senza di cui, secondo il jus Canonico, le transazioni non vagliono.

Più risposte ho pronte. La prima è questa. L'essere i PP., dopo 4. anni dal dì della transazione, e dopo di avere ottenuto il diffequestro, e l' immissione nel possesso de' beni, primamente ricorsi alla Sacra Congregazione, chiedendo l'assenso, potrebbe farci sospettare, che fin dal principio ebbero l' animo di non ottenerlo per godere del frutto della transazione, e burlarsi così de' Signori di Villapiana: la qual cosa, se fosse vera, per quel, che ne dirò più giù, non gioverebbe loro il difetto dell'assenso. Ma questo è non altro, che un sospetto, nè voglio, che vaglia per risposta. Quel, che ho io per sicuro, è questo, che se non da principio, almen quando deliberarono di chieder l' assenso, ebbero l'animo di non ottenerlo, per avere un motivo d' impugnare la transazione. Me 'l fa credere, e creder per fermo quel documento istesso, che si è prodotto da' PP. Nel ricorso fatto, non altro e' dissero, se non che *aveano i Signori fratelli Marchese D. Filippo, e Cav. D. Gennaro Villapiana istituito un giudizio di nullità del testamento, e di varie altre loro pretensioni*: le quali parole non bastavano a far conoscere, qual fosse lo stato, in cui era la causa nel tempo della transazione: donde dipendeva il giudizio della utilità del contratto. E' vero, che nel fine del ricorso soggiunsero, *Si venne alla seguente concordia, e transazione, che letteralmente umiliano all'EE. VV.*; ma, quando pur si conceda, che avessero i Signori Cardinali avuta voglia di legger l' istrumento della transazione,

nè

nè men ciò baſtar poteva a far conoſcere il vero ſtato della cauſa. Ecco quel ſolo, che dello ſtato di eſſa nella tranſazione ſi dice: *Da' Sig. fratelli di Villapiana ſi ottennero ordini per lo ſequeſtro de' beni di detta eredità, e che dalla G. Corte della Vicaria non ſi procedeſſe alla ſpedizione del decreto di preambolo, ſe non viſto l' eſito del giudizio di dette nullità, avverſo del qual decreto per parte del detto Moniſtero ſe n' è prodotto il gravame, che reſta a diſcuterſi.* Or nelle menti de' Signori Cardinali deſtar non potean coteſte parole la vera idea dello ſtato della cauſa. Quel dirſi, ch' eraſi ordinato il ſequeſtro de' beni, ma ſi era contra sì fatto decreto prodotto il gravame, deſtava l' idea di eſſerſi col gravame ſoſpeſo il ſequeſtro. Per contrario coſta dagli atti, che 'l ſequeſtro ſi ordinò, e ſi eſeguì, e fu ſequeſtro *etiam quoad fructus, & penes tertium*. Nè queſto ſolo in quell' iſtrumento ſi tacque. Si tacquero ancora (e tacer ſi doveano per onore de' PP.) ſi tacquero i motivi, che induſſero il Conſiglier Commeſſario ad ordinar quel ſequeſtro, ed a volerlo immantinente eſeguito. Non ſi dubitava, che figli della ſorella del teſtatore erano i Signori fratelli di Villapiana, e conſeguentemente i ſuoi più ſtretti congiunti: che 'l teſtatore nel Moniſtero di S. Giovanni a Carbonara era da più anni vivuto: che quivi infermò, e che gli ſi fece ſottoſcrivere il teſtamento, quando era già vicino a morire. Queſte circoſtanze, unite inſieme, baſtavano a far entrare nell' animo di un ſavio Giudice un qualche non mal fondato ſoſpetto di ſeduzione. Ma, morto appena il teſtatore, per più documenti ſi cominciò più chiaramente a conoſcere la nullità di quel teſtamento per difetto di volontà, e per difetto di ſolennità. Precedente ordine del Commeſſario, avea fatta fede D. Raffaele Gaudioſi, ſtrettiſſimo amico del defunto D. Domenico, che coſtui nello ſteſſo giorno,

in

in cui gli ſi fece ſottoſcrivere il teſtamento, aveagli detto, che intenzion ſua era di laſciare l' uſufrutto di ſua roba alle due ſorelle monache nel Moniſtero della Conſolazione, e, dopo la coſtoro morte, la piena proprietà a' ſuoi nipoti di Villapiana. Oltracciò, quattro de' ſette teſtimonj teſtamentarj, cioè Aleſſandro Urſino, D. Andrea Firelli, D. Domenico Alfano, e 'l R. Notajo D. Gioacchino Talamo, aveano per pubblici giurati atti atteſtato, che, volendo D. Domenico far teſtamento, procurarono i PP. di farglielo fare per gli atti del Notajo del Moniſtero, ma colui nol volle: onde feceſi chiamare un altro Notajo: che coſtui, e due PP. ſi trattennero un' ora in circa nella ſtanza del moribondo, e poi vi furono eſſi introdotti con altri tre teſtimonj: che l' infermo poco ſentiva: tenea per lo più chiuſi gli occhi, nè potea tener dritta ſul collo la teſta: che non teneva alcuna carta in mano, ma teneala il Notajo: che 'l Notajo gliela diè a ſottoſcrivere: che 'l teſtatore moſtrò voglia di leggerla, ma uno de' due PP. gli ordinò, che *per ſanta ubbidienza* la ſottoſcriveſſe; e che così, ſenza leggerla, nè ſentirla leggere, a grandiſſimo ſtento la ſottoſcriſſe. Or ſe tutte coteſte coſe ſi foſſero eſpoſte alla Sacra Congregazione, avrebbe queſta ben conoſciuto, che contraria a' PP. era l' idea, che le tante circoſtanze del fatto avean deſtata in mente di chi dovea giudicarne, e che gran riſchio correano eſſi di perder la roba: e, quel che più doveva importare, anche il buon nome, e non avrebbe negato l'aſſenſo. Dunque di quel *lectum*, non è da tenere alcun conto. Si sa,
1 che per Legge nullo è 'l reſcritto, ſe mendace è la ſupplica (*a*), e che conſiſte il mendacio come nella falſa narrazione *juris*, *ſive facti*, così ancora *in fraude tacendi*

(a) *L. univerſa 7. C. de diver. reſcript.*

di (*a*). Ma un argomento più grande delle arti uſate per non ottenere l' aſſenſo trarrò io dal modo inſolito, e irregolare, che in coteſta occaſione ſi tenne. Gli aſ- 2
ſenſi non altrimenti ſi concedono, o ſi negano, che con piena cognizion di cauſa: nè può queſta acquiſtarſi altrimenti, che commettendoſi l' affare ad un ſavio Prelato de' più vicini al luogo, in cui la cauſa ſi tratta, perchè in viſta degli atti, e, praticando ancora altre diligenze, dica, ſe utile, o dannoſo ſia il contratto per riuſcire alla Chieſa. Queſto è lo ſtile della Sacra Congregazione, e cento, e mille eſempj ne potrei produrre; ma me ne rimango, perchè nota a tutti è la coſa, come noto è ancora, eſſer coteſto ſtile non altronde nato, che da eſpreſſa diſpoſizione dello ſteſſo jus Canonico. P. Innocenzo IV. dichiarò nulla un' alienazione di roba Eccleſiaſtica, *quia tractatus ſollemnis, & diligens, qui in alienationibus rerum Eccleſiaſticarum exigitur, non fuit habitus* (*b*). Or perchè nel caſo noſtro ſi dipartì la Sacra Congregazione dall' antico ſuo ſtile, e ſenza piena cognizion di cauſa con un ſemplice *lectum* negò l' aſſenſo? L' inſolito 3
dà ſempre un mal ſoſpetto di ſe. Io non oſo di dire, che ſu quel *lectum* uno di que' decreti, che ne' libri del- 4
le Leggi ſono detti *decreta ambitioſa* (*c*), cioè, *per gratiam expreſſa* (*d*), e come tali non debbon valere. Dico, che a' Superiori maggiori dell' Ordine reſidenti in Roma riuſcì di dare ad intendere alla Sacra Congregazione, che veri, e grandi erano i danni, che al Moniſtero di S. Giovanni la tranſazione recava. E ſe è così (e così è di

(a) *L. praeſcriptione* 2. *C. ſi contra jus, vel util. publ.*

(b) *Cap.* dudum 1. *de reb. Eccl. non alien. in Sext.*

(c) *L. denique* 3. *pr. de minor.*, *L. ambitioſa* 4. *pr. de decret. ab ord. fac. L. ult. C. de decret. Decur.*

(d) *V.* Briſſon. *de V. S. v.* ambitioſus.

te, che chi vuol rivocare l'atto, allegando la propria turpitudine, *audiri non debet*. Per un altro motivo ancora contr'a' Monaci giudicò la Ruota (*a*), cioè, perchè, eſſendoſi eſſi obbligati d'impetrare l'aſſenſo, ed avendo poi traſcurato di farlo, *contra eos negligentes* (e molto più *contra eos impedientes*, come ſarebbe da dire nel noſtro caſo) *habebatur pro impetrato*: la qual maſſima è tratta da due luoghi delle Pandette ignoti anch'eſſi alla Ruota. Il primo è di Pomponio (*b*): *In omnibus cauſſis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quominus fiat.* Il ſecondo è di Ulpiano (*c*): *In jure civili receptum eſt, quotiens per eum, cujus intereſt, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac ſi impleta conditio fuiſſet.* E queſta è la prima riſpoſta. 8

Eccone ancora un'altra. Secondo il jus Canonico, allora per la validità dell'atto è neceſſario l'aſſenſo Apoſtolico, quando ſia vera e propria alienazione. Infatti le Decretali, che un tale aſſenſo richieggono, ſono poſte ſotto il titolo *de rebus Eccleſiae alienandis, vel non* (*d*). Or le vere e proprie alienazioni ſuppongon coſa perfettamente acquiſtata, non coſa ſemplicemente deferita per diſpoſizione della Legge, o dell'uomo, ma non ancora perfettamente acquiſtata, cioè non trasferita ancora nel dominio di colui, che avrebbe diritto di farla ſua. I Dottori, e nominatamente la Ruota Romana, trattando della neceſſità dell'aſſenſo nelle alienazioni della roba della Chieſa, diſtinguono tra 'l jus perfettamente acquiſtato, e 'l jus deferito, e non ancora perfettamente 9

(a) *Num. 6.*
(b) *L. in omnibus* 39. *de reg. jur.*
(c) *L. in jure* 161. *cod.*
(d) *In Decretal. lib. 3. tit. 13., in Sext. lib. 3. tit. 9., in Clement. lib. 3. tit. 4., & in Extravag. comm. lib. 3. tit. 4.*

va al detto Moniſtero un jus certo: nè 'l poſſon dare i preamboli a coteſto modo ſpediti. Oltracciò, ſi trovava ſoſpeſo il preambolo già interpoſto: ſoſpeſa la ſpedizione del nuovo: fatto il ſequeſtro *penes tertium* de' beni ereditarj: e riſervato al S. Conſiglio il giudizio della nullità del teſtamento. Poſto ciò, mi dica il Contradditore, ſe, non dico, veriſimile, qual era di certo, ma ſe poſſibil foſſe, che reſtaſſe il Moniſtero del tutto eſcluſo dalla eredità? E' non me ne potrà negare la poſſibilità. E tanto baſta, perchè da buon giuriſconſulto, qual è, debba confeſſare, che non l' aveva il Moniſtero perfettamente acquiſtata: *Non videtur*, dice Cajo (*a*), *perfecte cujuſque id eſſe, quod ex cauſſa auferri poteſt.* Se nella tranſazione aveſſe il Moniſtero ipotecati pe' duc. 5000. i proprj beni, avrebbe, in tal caſo, alienato; ma nella tranſazione i ſoli beni ereditarj di D. Domenico Ceſtari obbligò per lo convenuto pagamento. Furono di quel, che io dico, ben perſuaſi i PP. di S. Giovanni, e nell' iſtrumento della tranſazione ingenuamente confeſſarono, che, ſecondo lo ſtato, in cui era allora l'affare, non parea, che uopo ci foſſe dell' aſſenſo Appoſtolico: ed a maggior cautela ſoggiunſero, che, *naſcendo il dubbio ſu la neceſſità di detto aſſenſo, in tal caſo*, l' avrebbero eſſi domandato. E quinci mi naſce la terza riſpoſta. 11

Il patto alla tranſazione appoſto, fu queſto, che, *naſcendo dubbio ſu la neceſſità dell' aſſenſo, in tal caſo, doveſſero i PP. domandarlo.* Or poichè conteneva un tal patto l' intereſſe non meno de' Signori Villapiana, che de' PP., non dovean coſtoro farſi giudici di un tal dubbio. Dovean proporlo, inteſi i Signori di Villapiana; nè altri doveva, e potea meglio riſolverlo, che 'l S. Conſiglio, al quale, più che ad altrui, era noto lo ſta- 13

(a) *L. omnes* 139. §. 1. *de reg. jur.*

to della causa: e quando avesse il S. Consiglio creduto necessario l'assenso Appostolico, avrebbe allora ordinato, che, per esecuzione del patto, fossero i PP. ricorsi alla Sacra Congregazione.

CAPO II.

I PP. di S. Giovanni a Carbonara non possono allegare il difetto della causa.

12 DO io per vero quel, che scrive il Contraddittore, che 'l difetto della causa finale dell'atto, fa, che l'atto non debba valere; ma dico, che non è da dire delle transazioni quello stesso, che dicesi degli altri atti umani. Negli altri atti manca sovente la causa finale; nelle transazioni, rarissime volte manca, o non mai. A chiaro intendimento di questo, che io dico, fingo il seguente caso. Mevio transigè con Sempronio, e per mille, che Sempronio ne pretendea, gliene diè quattrocento. Ma oggi, essendo riuscito od a Mevio di trovare l'istrumento della soddisfazione della intera somma, od a Sempronio l'istrumento, onde costa, che tutti i mille indubitatamente gli eran dovuti, vuol l'uno, o l'altro rescindere la transazione. Domando al mio Contraddittore, se 'l possa. In questo caso, che io fingo, allegherà forse, come nel caso, di cui si tratta, il difetto
13 della causa. Ma 'l caso è vero, e dagl'Imperadori Diocleziano, e Massimiano, fu deciso così (a): *Sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam, rescindi jura non patiuntur.* E perchè? Perchè, proseguendosi

(a) *L. sub praetextu 19. C. de transact.*

doſi la lite, poteva accadere o che Mevio tutti i mille pagaſſe, o che nulla Sempronio ne conſeguiſſe: e l' eſſerſi liberati amendue per la tranſazione dalle moleſtie della lite, e dal riſchio o di pagar tutto, o di nulla conſeguire, è cauſa, che baſta a difender la tranſazione contra l' iſtrumento, che dopo di eſſa ſi è ritrovato. Così 'l Donello (a): *Non enim dicent, ſe ſine cauſſa aut remiſiſſe quid, aut ſolviſſe, quum haec ipſa juſta cauſſa ſit, quod per haec a lite diſceditur.* Fingo ancora un 14
altro caſo, in cui, più che nell' antecedente, par che manchi la cauſa. Poſſedendo Tizio i beni ereditarj di Cajo, perſuaſo di eſſerne erede, qual veramente non era, tranſigè co' creditori di Cajo, a' quali diè, o promiſe una certa quantità di danaro. Ma, ſcovertoſi altri eſſerne i veri eredi, vuole oggi Tizio o ripetere quel, che ha dato, o non dare quel, che ha promeſſo. Quì prego il Contradditrore, che mi dica, ſe giuſta ſia la pretenſione di Tizio. Giuſtiſſima (par ch' e' mi dica) è coteſta pretenſione. Tranſigè co' creditori di Cajo un falſo erede, e diè cauſa alla tranſazione un errore, che, togliendo il conſenſo, tutti vizia gli atti umani. Ecco una cauſa falſa: ecco il difetto della cauſa. Ma vero è ancora queſto ſecondo caſo, e fu dagl' iſteſſi Imperadori deciſo (b) a favore della tranſazione, e contr' al falſo erede: *Improbe tibi petitionem decerni poſtulas:* così riſpoſero gl' Imperadori a Taziano, che, credendoſi falſamente erede di Archimedoro, avea coi coſtui creditori tranſatto; perchè, ſebbene, come non vero erede, obbligato non foſſe pe' debiti di Archimedoro, nondimeno, *hoc integro negotio*, cioè, prima della tranſazione, *tractari convenerat*. Nè di ciò contenti gl' Imperadori, ſoggiunſero, che nel caſo

(a) *Ad cit. L. 19. num. 1.*
(b) *L. nec interrio 23. C. eod.*

caſo ancora di non eſſerſi pagata a' creditori la ſomma promeſſa loro a titolo di tranſazione, non avrebbe Taziano potuto *indebiti promiſſi velamento defendi*. E la ragione dell' un caſo, e dell' altro, è queſta, che ne reca il ſoprallodato Donello (*a*): *Datur haec pecunia ob cauſſam. Abunde magna cauſſa eſt, cur detur, quod a lite diſceditur:* la qual cauſa, come nel caſo, che ſieſi pagato il danaro, così nel caſo, che ſi trovi promeſſo, e non ancora pagato, *jam ſequuta eſt* (*b*). Non altrimenti il Vinnio, ſponendo coteſto iſteſſo reſcritto degl' Imperadori (*c*): *Qui tranſactionis nomine promiſit, aut ſolvit, non recte dici poteſt ſine cauſſa promiſiſſe, aut ſolviſſe, quia hoc ipſum, ut a lite diſcedatur, ſatis juſta cauſſa videtur*. Negli altri atti umani può mancare la cauſa: nelle tranſazioni non manca, perchè ſempre è vero, che per eſſe ſi libera l' uomo dalle moleſtie della lite, e dal riſchio di perder più di quel, che dà, o di quel, che rimette. E queſta è la vera, e ſola cauſa finale delle tranſazioni. Nè queſto è un opinare de' Dottori. Opinò così in un bel luogo delle Pandette (*d*) il giuriſconſulto Paolo: *Quod tranſactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit* (cioè ſebbene non vi ſia ſtato debito, come ſpiegò Accurſio la voce *res*, o non vi ſia ſtata lite, come altri la ſpoſe) *non repetitur, nam ſi lis fuit, hoc ipſum, quod a lite diſceditur, cauſſa videtur eſſe*. Opinò così l' Imp. Antonino, che per cauſa giuſta della tranſazione ebbe il ſolo timore della futura lite (*e*). Nè perchè dopo fatta la tranſazione ſi ſcopra, che quel, che

(a) *Ad cit. L.* 23. *num.* 1.
(b) *Donell. ad cit. L. num.* 3.
(c) *De tranſact. cap.* 8. *n.* 5.
(d) *L. in ſumma* 65. §. 1. *de condict. indeb.*
(e) *L. quum te* 2. *C. de tranſact.*

che ſi diè, o ſi promiſe, fu indebitamente dato, o promeſſo, ciò baſta a reſcinder la tranſazione per difetto della cauſa. Ne' due caſi deciſi dagl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano, chi nel tempo della tranſazione pagò, o promiſe, certamente pagò, o promiſe per errore, perchè certamente nulla dovea; ma perchè in quel tempo di ciò non coſtava, ed intanto certa era la lite, o certo il timor della lite, il ſolo liberarſi da queſto, o da quella, ſi ebbe per giuſta cauſa della tranſazione; nè per quel, che ſi ſcoprì dappoi, ſi volle dagl' Imperadori permettere, che la tranſazione ſi reſcindeſſe per difetto della cauſa. E queſta n' è la ragione, 16
perchè quel, che in virtù della tranſazione ſi promette, o ſi dà, non ſi dà, o ſi promette come dovuto per cauſa antecedente, ma come un debito, che comincia da eſſa tranſazione, e ſi contrae per una cauſa futura, cioè perchè ſi receda dalla lite: *Qui pecuniam dat*, dice il Donello (*a*), *nomine tranſactionis, non tanquam ex praecedente cauſſa debeatur, dat, ſed ob cauſſam, quae in futurum eſt, nempe ne ſecum agatur. Haec quum honeſta ſit, & ſequatur, nihil amplius quaerendum eſt:* il che, ſoggiunge il Vinnio (*b*), *apprime notandum eſt*. Ora s'intende, perchè nel ſoprarrecato caſo di Taziano, che com' crede, tal non eſſendo, tranſigè co' creditori del defunto, diſſero gl' Imperadori, ch' e' non poteva *indebiti velamento defendi*. Sarebbe ſtato certamente *indebito*, ſe aveſſe dato, o promeſſo il denaro come dovuto per cauſa precedente: indebito non era, perchè avealo dato per liberarſi dalla lite, e queſta era già *tranſactione deciſa*. Ma rechiſi in mezzo il luogo delle Pandette, donde il Donello, e 'l Vinnio traſſero la differenza tra 'l debito per

cau-

(a) *Ad tit. Cod. de tranſact. cap.* 3. *num.* 1.
(b) *De tranſact. cap.* 8. *num.* 11.

causa precedente, e 'l debito per causa futura. E' quello stesso luogo del giurisconsulto Paolo, che ho pocanzi trascritto, e che ora nuovamente trascrivo: *Quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit* (ecco come fingesi il caso, che non ci sia debito per causa precedente) *non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum* (ecco la causa futura, per cui si promette, o si dà) *hoc ipsum, quod a lite disceditur, caussa videtur esse.*

Poste coteste indubitate massime di dritto, come osano i PP. di allegare il difetto della causa? Promisero essi a' Signori di Villapiana duc. 5000, non come dovuti per causa precedente, ma come un debito, che cominciava dalla transazione, e contraevasi per causa futura, cioè, perchè i Signori di Villapiana recedessero dalla lite: ed una tal causa è già seguita, ed è seguita in modo, che per effetto di essa si dissequestrarono i beni, e se ne diè loro il possesso. Nè perchè dopo la transazione sonosi, com' essi falsamente suppongono, scoverte cose, le quali, se nel tempo della transazione si fosser scoverte, nulla si sarebbe dato, o promesso; ciò fa, che possa dirsi fatta la transazione senza causa. Di quel, che dopo fatta la transazione si scoprì a danno di chi avea dato, o promesso ne' due casi decisi dagl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano, che sonosi di sopra allegati, non si tenne alcun conto: e pure, se si fosse scoperto prima, non sarebbesi fatta la transazione.

17 Ma lo stesso giurisconsulto Paolo (potrebbe quì dire il Difensor de' PP.) in quel luogo istesso, in cui dice: *Hoc ipsum, quod a lite disceditur, caussa videtur esse,* soggiunge: *Sin autem evidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, repetitio dabitur.* Ed ecco, che ancora nelle transazioni si tien conto di quel, che si scopre dappoi.

Se ciò dicesse, due risposte gli renderei. L' una è, che

che vuolſi intendere il teſto della calunnia, la quale, ſebbene dopo la tranſazione ſi ſcopra, nondimeno in tempo, che la tranſazione ſi fece, era nell' animo di uno de' contraenti, come, ſe valendoſi ſcientemente di falſe ſcritture; od uſando altra doloſa macchinazione (*a*), aveſſe iſtituita una lite calunnioſa, ed indotto così l' altro a contrarre: *Fieri poteſt*, ſono parole del Donello (*b*), *ut improbe, & per calumniam petitor litem intenderit, quum ſciret nihil deberi (finge aut inſtrumenta confinxiſſe illum, aut falſis ſcientem uſum eſſe) quem metum, quum ipſe intulerit reo, & hanc cauſſam habuerit ad eliciendam tranſactionem, iniquum eſt ipſum ex ſuo dolo quidquam conſequi. Sic eſt: & hoc etiam Paulus excipit in d. L. in ſumma 65. §. 1.* La ſteſſa ſpoſizion del teſto di Paolo, diè ancora il Fabro (*c*). L'altra riſpoſta è, che, ſecondo il teſto iſteſſo di Paolo, *evidentemente* calunnioſa eſſer deve la lite: e perchè ſia tale, non baſta, che ſia ingiuſta: *Calumnia* [belliſſimo è queſto luogo del Fabro (*d*)] *quum ſit falſitas, & mendacium, nihil eſt. Ergo materiam praebere non poteſt juſtae tranſactioni, quomodo poteſt vera lis quamquam injuſta; non enim eo minus vera lis eſt, quod ſit injuſta: calumnioſa autem vera non eſt, ſed per calumniam efficta, & dicis cauſſa, ut Prudentes loquuntur, ut ſubeſſe aliqua lis videretur, quae re vera nulla ſubeſt. Hoc igitur caſu, quaſi nulla ſubſiſtente materia tranſactionis dicendum eſt, imperfectam eſſe tranſactionem.* Perchè poſſa non valere la tranſazione, *evidente*, a detto dell'iſteſſo Paolo, eſſer dee la calunnia; e tanto evi-

(a) *L. ſi ex falſis* 42. *C. eod.*, *L. pacta* 6. *C. de pact. L. tranſactione* 30. *C. de tranſact.*

(b) *Loc. cit.*

(c) *Id. cit. L.* 65. §. 1.

(d) *Loc. cit.*

evidente, che qualunque dubbio del tutto escluda: nè basta, che ingiusta sia l' azione, che si deduce, conciosiachè non qualunque ingiustizia qualunque dubbio escluda. Ma per quel, che si è detto dello stato, in cui era la causa nel tempo della transazione, è chiaro, che nè evidentemente calunniosa, nè ingiusta era l' azion dedotta da' Signori fratelli di Villapiana. Chi altrimenti opinasse, gran torto farebbe alla saviezza, ed alla rettitudine del Consigliere D. Francesco Carfora Commessario della causa, che, ben ponderate le circostanze delle persone, del luogo, del tempo, e del testamento istesso, ed in vista di più documenti da' Signori di Villapiana prodotti, sospese l' ordinata interposizion del decreto di preambolo, sottopose a sequestro *quoad fructus, & penes tertium* tutti i beni ereditarj, e riservò al S. Consiglio il giudizio dell' allegata nullità del testamento. Nè perchè riuscì a' PP. di trovar dopo la transazione un altro testamento fatto anni prima da D. Domenico, nel quale essi stessi erano scritti eredi, può quinci dedursi, che ingiusta, e calunniosa fu l' azion dedotta della nullità del secondo testamento per difetto di volontà; poichè, secondo quel, che pocanzi si è detto, sarebbe da provare, che i Signori fratelli di Villapiana nel tempo, che dedussero cotesta azione di nullità, certa scienza avessero di quel primo testamento, la qual certamente non ebbero: che, se certa scienza ne avessero avuta, l'avrebbero essi stessi prodotto, ed impugnando come nullo il secondo, in virtù di cui si era chiesto il decreto di preambolo, forse, e senza forse, più dura avrebber renduta la condizion de' PP., e non deteriorata la loro, per due nobilissimi luoghi del jus Civile, l'uno di Africano, l'
18 altro di Paolo. Scrive Africano (a), che, se 'l testatore ab-

(a) *L. cum qui 51. de adq. vel omitt. hered.*

abbia ſcritto in due teſtamenti un iſteſſo erede, non può coſtui, ſe dubiti della validità del ſecondo, nè in virtù dell' uno, nè in virtù dell' altro, adire l'eredità. Scrive Paolo (a), che, avendo Clodio Clodiano ſcritto in due teſtamenti un iſteſſo erede, adì coſtui l'eredità in virtù del ſecondo; ed eſſendoſi poi queſto ſcoverto nullo, *Papinianus pronunciavit, Clodianum inteſtatum deceſſiſſe*. Oltracciò, della ſcoverta fatta di coteſto primo teſtamento, non dovrebbero tanta pompa menare i PP., perchè da coteſto primo teſtamento un nuovo argomento potrebbe trarſi della nullità del ſecondo per difetto di volontà. Non ſi dubita, che 'l ſecondo teſtamento fu fatto in grandi anguſtie di tempo, e tra le ambaſcie della vicina morte: nè ſi dubita, che D. Domenico Ceſtari volle farlo. Or ſe aveſſe egli voluto iſtituire nel ſecondo teſtamento quello ſteſſo erede, che avea ſcritto nel primo, uopo non era, che in quelle anguſtie di tempo, e tra quelle ambaſcie di vicina morte ſi ſpendeſſe un' ora, e più per comporne un nuovo, e gli ſi deſſe poi la pena di ſottoſcriverlo alla preſenza di ſette teſtimonj: la qual coſa nello ſtato deplorabile, in cui ſi era, rincreſcevoliſſima gli dovea riuſcire. Se qualche nuova diſpoſizion particolare aveſſe avuta voglia di fare, molto più ſpeditamente, e con molto minore incomodo avrebbe potuto farla per codicilli.

(a) *L. Clodius 97. eod.*

CAPO III.

I PP. di S. Giovanni a Carbonara non possono allegar lesione.

CHi pon mente allo stato, in cui era la causa nel tempo della transazione, e fassi poi a riflettere, che i PP. di S. Giovanni a Carbonara colla promessa di soli 5000. ducati, da pagarsi dentro un anno dal dì della immissione nel possesso de' beni ereditarj, si liberarono dalla lite, ed acquistarono, oltracciò, la metà de' beni antichi materni, chiaramente conoscerà, che vantaggiosissima fu per loro la transazione. Ma sia pure riuscita loro dannosa. Altro loro per Legge non resta, che aver
19 pazienza. Non si rescindono le transazioni come lesive, sebbene enormissima sia la lesione, cioè, come i Prammatici la diffiniscono, sebben sia oltre il besse. So ben io, che nel caso di una tal lesione la più gran parte de' forensi estendono alle transazioni la notissima *L. 2. C. de resc. vend.*, per la ragione, che quando la lesione è oltre il besse, contiene il dolo *re ipsa*; ma chi non sa, che falsa han dimostrata questa ragione i dotti interpetri del jus Civile, e nominatamente il Fabro (*a*), e 'l Vinnio (*b*); e che non solo il Cujacio, il Donello, il Fabro, e 'l Vinnio, ma non pochi ancora de' più giudicioli forensi appresso il nostro de Marinis (*c*), anno qualunque lesione del tutto escluda dalle transazioni? Più sono i luoghi de' Li-

(a) *Cod. de transact. def. 4. & de resc. vend. def. 3.*

(b) *De transact. cap. 8. num. 12, & select. quaest. lib. 1. cap. 57.*

(c) *Resolut. lib. 2. cap. 233.*

Libri delle Leggi, che di manifestissimo errore convincon coloro, che anno altrimenti opinato: *Heres ejus* (eccone uno di Scevola (*a*)) *qui post mortem suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, bis, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea, repertis instrumentis, apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, SI NON TRANSACTUM ESSET, posse.* Erasi al fedecommessario restituita una *minima quantità:* e l'eredità, che si dovea restituire, era quattro volte più grande, onde si restituì la sola quinta parte. Una lesione è questa maggiore della enormissima. E 'l giurisconsulto Scevola dice, che se quella *minima quantità* si fosse al fedecommessario data per transazione, non avrebbe il fedecommessario avuta azione. E pure, nel caso di Scevola, a colui, al quale doveasi il tutto, se n'era data una parte, tuttochè minima. Ma ne' due casi, che nel precedente Capo ho finti, e gli ho fatti poi trovar decisi dagl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano nelle *LL.* 19., e 23. *C. de transact.* una delle parti avea per transazione perduto tutto, e non permisero gl' Imperadori, che la transazione si rescindesse. Dunque, se in altri contratti, oltre la compera, e vendita, si può parlare di lesione, certamente nelle transazioni non se ne può affatto parlare. Di questa chiara, ed espressa disposizion di Legge, due sono le ragioni: l'una di dritto pubblico, l'altra di jus privato. Non ci ha dubbio, che, secondo le regole della giustizia particolare, sia cosa ben dura, che uom riceva dieci, o nulla, quandochè gli si dovean cinquanta, senzachè possa usare alcun rimedio di Legge;

ma

(a) *L. Lucius* 78. §. *ult. ad S. C. Trebell.*

20 ma troppo è vero quel volgariſſimo detto di Tacito (*a*): *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra ſingulos utilitate publica rependitur*. Importa alla repubblica, che ſi ponga fine alle liti, cui non ſi può meglio por fine, che per le tranſazioni: e 'l pubblico favore ſoſtiene anche quelle, che, ſecondo le regole del-
21 la giuſtizia particolare, non dovrebbon valere. Ciò ſi conferma per due imperiali reſcritti, l'uno dell'Imperadore Antonino (*b*), l'altro degl'Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano (*c*). Scrivon coſtoro, aver le tranſazioni non minore autorità delle coſe giudicate: ſcrive colui,
22 che *ſub praetextu computationis*, vale a dire, col preteſto di ſofferta leſione (*d*), non ſi può venire contra la coſa giudicata: e la ragion, che ne reca, è di pubblico dritto: ed è perchè altrimenti *nullus erit litium finis*: la qual ragione, per lo ſopraccitato reſcritto di Diocleziano, e Maſſimiano, nelle tranſazioni ancora dee certamente aver luogo. La ragion poi di jus privato, è quella ſteſſa, che nel precedente Capo ſi è recata, cioè, perchè quel, che nelle tranſazioni ſi promette, o ſi dà, ſi dà, o ſi promette, non come dovuto per cauſa antecedente, ma come un debito, che ſi contrae per cauſa futura, cioè, perchè *a lite diſcedatur*.

CA-

(a) *Annal. lib.* 14. *num.* 44.
(b) *L. non minorem* 20. *C. de tranſact.*
(c) *L. res judicatae* 2. *C. de re judic.*
(d) *V.* Vinn. *loc. cit.*

CAPO IV.

Si dimostra la nullità del decreto del S. Consiglio.

LE cose dette ne' tre precedenti Capi, basterebbero, senz'altra giunta, a far conoscere la nullità del decreto del S. Consiglio. Non difetto o di assenso Apposto-lico, o di causa, nè lesione potea da' PP. allegarsi: al meno non potea questa, o quello allegarsi in modo, che impedir potesse la pronta e parata esecuzione di un pubblico, e giurato istrumento, e di un istrumento poi di transazione tanto, quanto ciascun sa, favorita dalle Leggi.

Nè questa è la sola ragione, per cui doveva il S. Consiglio ordinare il pagamento, non già 'l deposito dell'interesse de' duc. 5000. Ce n'è un altra ancora nascente da un patto specialmente apposto alla transazione, ch'è questo: *Si è convenuto, che in caso ciascuna di esse parti contravveniſſe, o pure pretendesse contravvenire al presente contratto, in tal caso, restando fermo in beneficio della parte osservante il presente istrumento, e tutte le cose in esso contenute, la parte contravveniente IN NESSUNA MANIERA POSSA, e DEBBA ESSERE INTESA in giudizio nelle sue pretensioni, se prima non avrà restituito, o PAGATO in beneficio della parte osservante le quantità convenute nella presente transazione una col di loro interesse, siccome esse parti in detti rispettivi nomi da ora con giuramento anno promesso di non essere inteſi, se prima con effetto intieramente, e REALMENTE non sarà restituito, o PAGATO dalla parte contravveniente tutto quello, che avrà richiesto, o pretes-*

so,

ſo, come ſopra, in vigore della preſente tranſazione una con tutti i danni, ſpeſe, ed intereſſe: altrimenti tutti gli atti, che ſi faranno, ſieno nulli, ed invalidi, non oſtante qualſivoglia eccezione, o equità del S. R. C. Ecco, che contrario a coteſto patto è 'l decreto del S. Conſiglio. Doveano, in virtù di eſſo, condannarſi i PP. a pagare, nè prima poteano eſſere inteſi: e 'l S. Conſiglio gli condanna a far depoſito. Il depoſito, per Legge, non è pagamento: e i contraenti, ad eſcludere qualunque ſottigliezza forenſe, per cui poteſſe il depoſito tenere il luogo di pagamento, eſpreſſamente vollero, che doveſſe *la parte contravveniente REALMENTE pagare:* e perchè non poteſſe ſoſpettarſi, che ſi foſſe un tal patto più per uſato ſtile di Notai, che per vera, ed efficace volontà loro appoſto alla tranſazione, ſoggiunſero: *Dichiarando di aver fatto queſto patto di loro volontà, e non per clauſola conſueta, e ſtile di Notaro . . . . atteſo con queſto patto ſi ſono convenuti, e non altrimenti.* Queſto
23 è un patto non contrario ad alcuna Legge: ſeguentemente come l'avrebbe fatto oſſervare il Pretore ſecondo la promeſſa fattane nell' Editto (*a*), così dovea farlo il S. Conſiglio oſſervare.

Nè contento il S. Conſiglio di ordinare depoſito, e non pagamento, volle, che 'l depoſito ſi faceſſe *ex fructibus bonorum hereditariorum;* ma, *deductis legatis in teſtamento contentis.* E tra' frutti de' beni ereditarj non erano ancora i frutti della metà conſuetudinaria de' beni antichi materni, che a' Signori di Villapiana ſpettava? E perchè alla metà conſuetudinaria, ch'è un debito del teſtatore, ſi preferiſcono i legati, che ſono una mera ſua liberalità?

E queſto è poco. Nel caſo, che non voleſſero i PP.

(a) *L. juris gentium 7. §. 7. de pact.*

PP. ſtare ai patti, e fare il convenuto pagamento, aveano i Signori di Villapiana dedotta queſt' altra azione, che *ſi riduceſſero le coſe nel primo ſtato col farſi nuovamente il general ſequeſtro su tutti li beni ereditarj, e con obbligarſi il Moniſtero a far depoſito di tutte le quantità eſatte, e frutti percepiti da' medeſimi beni a danno, ſpeſe, ed intereſſe del medeſimo Moniſtero.* Or, poichè non piacque al S. Conſiglio di condannare i PP. all' effettivo e real pagamento a tenore dell' eſpreſſo patto dell' iſtrumento, perchè non deferì, come doveva, alla ſeconda azione, ordinando la riduzion delle coſe allo ſtato primiero? Giuſta non men, che la prima, era la ſeconda azione. Le tranſazioni come col conſenſo dell' una, e dell' altra parte ſi fanno, così ſi diſfanno ancora col diſſenſo dell' una parte, e dell' altra (*a*): ed in tal caſo torna la coſa allo ſtato primiero. Aveano già i PP. impugnata la tranſazione: ed ecco il diſſenſo di una delle parti. A' PP. riſpondendo i Signori di Villapiana, diſſero, che quando il S. Conſiglio non voleſſe aſtringergli alla oſſervanza della tranſazione, eran contenti, che *al primo ſtato ſi riduceſſero le coſe*: ed ecco il diſſenſo dell' altra parte. Poſto ciò, non avendo il S. Conſiglio condannati i PP. al convenuto pagamento, nè deferito alla ſeconda azione de' Signori di Villapiana, contrario è 'l ſuo decreto ad un reſcritto degl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano: *Si diverſa pars*, e' dicono (*b*), *contra placitum agere nititur* (ecco il diſſenſo de' PP., che vengono contra la tranſazione) *aequitatis ratio ſuadet, refuſa pecunia* (e nel caſo noſtro, in cui non ſi è pagato il danaro promeſſo, diremo *remiſſa pecunia*) *quum & tu hoc deſideres* (ecco ancora il diſſenſo de' Signori di Villapia-

24

25

(a) *L. nihil* 35. *de reg. jur.*

(b) *L. ſi diverſa* 14. *C. de tranſact.*

delle Pandette, ce ne ſono due, l' una, che *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*: l'altra, che *nemo poteſt mutare conſilium ſuum in alterius injuriam* (a). E chi non vede, che, non tornando la coſa con tutte le ſue circoſtanze allo ſtato primiero, renderebbeſi deteriore per un nuovo fatto de' PP. la condizion de' Signori di Villapiana? Ma ſi rifletta un po' meglio ſulla trascritta *iſtanza* de' PP., e ſi conoſcerà; ch' eſſi ſteſſi anno per giuſta la pretenſione de' Signori di Villapiana. Conſentono eſſi, che *ſi tolga di mezzo, e ſi abbia per riſoluta la ceſſion delle ragioni* fatta nella tranſazione, come ſe non mai ſi foſſe fatta; e che *ſperimenti* di nuovo *il Marcheſe le ragioni*, che avea cedute. Or ſi legga la tranſazione, e ſi troverà, che a beneficio del Moniſtero rinunciarono i Signori di Villapiana come alle ſuddette due azioni, così ancora *a tutti, e qualſivogliano atti, iſtanze, ricorſi, e decreti, & ſignanter al ſequeſtro su de' beni ereditarj a loro iſtanza ſeguito*. Or io domando. Se a mia iſtanza, e ad iſtanza ancora dell'avverſario alcun decreto ſi fa, che mi giovi, acquiſto io, per eſſo, ragione contr' al mio avverſario? Non poſſono negarmelo i PP. Dunque, quando ad iſtanza de' Signori di Villapiana ſi ſoſpeſe l'interpoſizion del decreto del preambolo, acquiſtarono eſſi ragione contr' al Moniſtero, e nuove ragioni ancora contr' al Moniſtero acquiſtarono, quando ſi ordinò, e ſi eſeguì 'l ſequeſtro di tutti i beni ereditarj *quoad fructus, & pecies tertium*, ed al giudizio del S. Conſiglio ſi riſervò la nullità del teſtamento. Or ſe nella ceſſion delle ragioni fatta da' Signori Villapiana a' PP. furono ancora coteſte ragioni eſpreſſamente compreſe, e conſentono nella ſuddetta *iſtanza* i PP., che *ſi tolga di mezzo, e ſi abbia per riſoluta la ceſſion delle ragioni*, e che queſte

28 29

(a) *L. non debet* 74., *& L. nemo poteſt* 75. *de reg. jur.*

di bel nuovo *si sperimentino*, a giudizio de' PP. istessi, ne segue, che debbon tutte tornare al Marchese di Villapiana. Ma non possono al Marchese tornare altrimenti, che rinnovandosi que' decreti, pe' quali le aveva acquistate, ed alle quali rinunziò poi nella transazione, ed astringendosi i PP. a far deposito di tutti i frutti percepiti.

Finalmente aveano i Signori di Villapiana dedotta ancora una terza azione nascente da due Reali Carte del dì 9. del mese di Settembre dell'anno 1769, e del dì 23. del mese di Giugno dell'anno 1770, per cui si dichiarano incapaci di nuovi acquisti i luoghi pii Ecclesiastici: e, per rispetto de' beni prima di cotesta sovrana dichiarazione acquistati, si ordina, che se ne fu contraddetto il possesso, gli perdano, ed a coloro si diano, a' quali, tolti di mezzo i suddetti luoghi pii, spetterebbero per Legge. Di questa terza azione non tenne conto il S. Consiglio: e pure è tale, che, risoluta, qual è in fatti per consenso delle parti, la transazione, non può 'l Marchese rinunziarvi: tanto è lontano, che non possa ammetterla il S. Consiglio. Il possesso de' PP. fu contraddetto da' Signori di Villapiana, e fu contraddetto da che cominciò. Cessò la contraddizione per la transazione; ma siccome, togliendosi di mezzo la transazione, si ha come non fatta, così la contraddizione aver si dee come non mai interrotta, e conseguentemente dee farsi luogo alle sovrane determinazioni del Re: e quando a queste si faccia luogo, la ragion, per cui nè può 'l Marchese rinunziare a cotesta seconda azione, nè può non ammetterla il S. Consiglio, è, perchè le sovrane determinazioni del Re furon dirette al ben *dello Stato*, come nella prima di esse due Reali Carte si dice. Per pubblico bene furono i luoghi pii Ecclesiastici dichiarati incapaci di nuovi acquisti: e potrà rendergli capaci o'l consenso di un privato, o'l decreto del Magistrato? De'

patti

patti de' privati, è ſcritto ne' Libri delle Leggi (*a*): *Jus* 30
publicum, privatorum pactis mutari non poteſt; e de' de-
creti de' Magiſtrati, quivi ancora è ſcritto (*b*): *In primis* 31
illud obſervare debet judex, ne aliter judicet, quam Le-
gibus, aut Conſtitutionibus, aut moribus proditum eſt.

Di Caſa nel dì 14 dell'anno 1774.

Per D. Gaetano, D. Vincenzo, e D. Gennaro Ferrillo contr' al Marcheſe di Cercemaggiore.

ARGOMENTO.

I. La *L.* 2. *Cod. de reſcindenda venditione*, ſi eſtende alle tranſazioni enormiſſimamente leſive.

II. Le alienazioni, e le tranſazioni di roba feudale, fatte ſenz' aſſenſo, ſono nulle.

III. Se l'azione rivocatoria dell' alienazion del feudo, ſoggiaccia alla preſcrizion tricennale.

SOMMARIO.

1 *QUel, che acquiſta la moglie in coſtanza del matrimonio ſi preſume (nel dubbio) acquiſtato* ex bonis viri: *il che anche eſtendeſi alla madre tutrice, e curatrice de' figli.*

2 *La* 2. Cod. de reſcindenda venditione, *ſi eſtende alle tran-*

(a) *L. jus publicum* 38. *ff. de pact.*
(b) *Inſt. lib.* 4. *de officio jud. pr.*

tranſazioni enormiſſimamente leſive.

3 *La queſtione riguardante, ſe detta L. 2. ſi eſtenda, dove ſi tratti di reſcinder le tranſazioni come leſive, in quali caſi abbia luogo.*

4 *Le tranſazioni ſono di ſtrettiſſima interpetrazione, nè ſi eſtendono oltre le coſe nominatamente dedotte.*

5 *Se colui, che impugna la tranſazione, poſſa ſentirſi, ſe prima non abbia reſtituito l'* accetto.

6 *Quando la tranſazione contiene più capi, a ciaſcun de' quali non ſiaſi data determinata ſomma, in tal caſo, la leſione naſce da tutti uniti inſieme.*

7 *Ne' giudizj delle tranſazioni leſive, come abbiaſi ad eſtimare il dubbio evento delle liti.*

8 *Le alienazioni, e le tranſazioni di roba feudale, fatte ſenz' aſſenſo, ſono nulle.*

9 *Se nullo è 'l contratto ſopra cui cade l' aſſenſo, nullo ancora è l' aſſenſo.*

10 *L' aſſenſo è di così ſtretta natura, che non eſtendeſi da contratto a contratto, nè da coſa a coſa, nè da perſona a perſona, nè da tempo a tempo:* Ved. il num. 16. e ſeg.

11 *L' aſſenſo non regiſtrato dentro il biennio ne' quinternioni della Regia Camera, ſi ha come non dato:* Ved. il num. 23. *nè ci ha luogo a retrotrazione:* Ved. il num. 19. e 23.

12 *Abolita la differenza tra 'l dominio* quiritario, *e 'l dominio* bonitario, *ſono le doti nel dominio della moglie: il marito ne ha la ſemplice amminiſtrazione, e ne fa ſuoi i ſoli frutti.*

13 *Nullo è 'l pagamento, che fa il debitore al non ſuo creditore.*

14 *Chi compera per ſe un fondo col danaro d' altrui, divien padrone dello ſteſſo fondo, reſtando debitore del danaro. Limitazione di queſta regola:* Ved. il num. ſeg.

15 *La*

15 *La cosa comperata col danajo dotale, spetta alla donna.*

16 *L' assenso caduto sulla dazione* in solutum, *non si estende, nè giova al contratto di compera, e vendita:* Ved. i num. seg.

17 *La dazione* in solutum, *è simigliante alla vendita; ma vera vendita non è:* Ved. il num. seg.

18 *Dove lo Statuto parla della sola vendita, non si estende alla dazione* in solutum, *tuttochè questa sia simigliante a quella.*

19 *Il solo Principe con certa scienza, e per pubblica causa può derogare al dritto del terzo.*

20 *Sebbene alienandosi il feudo senz' assenso, l' atto sia nullo, non per tanto ne nasce la speranza, che possa divenir valido, ottenendosi, quandochè sia, dall' alienante l' assenso.*

21 *L' assenso non può spedirsi dopo il chericato, o 'l monachismo dell' alienante; il che anche ha luogo, casochè siasi impetrato l' assenso, ma non ancora registrato:* Ved. i num. seg.

24 *Se la registrazion dell' assenso siasi introdotta per lo solo interesse del Regio Fisco, e non già per lo privato interesse delle Parti:* Ved. il num. seg.

26 *Se l' azione rivocatoria dell' alienazion del feudo soggiaccia alla prescrizion tricennale:* Ved. i num. seg.

27 *La prescrizion tricennale, a qual fine fu dal jus feudale comune introdotta, e dalla Legge del Regno confermata.*

28 *Dove siaci Statuto, il qual faccia correre il tempo anche a danno dell' ignorante, se tale Statuto debbasi osservare; e come debbasi interpetrare.*

29 *L' error di Legge, trattandosi di evitar danno, non nuoce.*

30 *L' ignoranza del fatto d' altrui, non del proprio, si pre-*

presume sempre per Legge.

31 *L'età minore si deve dedurre dal tempo, onde si vuol far nascere la prescrizione.*

32 *La prescrizion centenaria, o l'immemoriale, da se, vale per titolo, ed esclude qualunque presunzion di mala fede.*

32 *La prescrizion tricennale, per jus Canonico, e per Legge del Regno, non altrimenti giova al possessore, che se abbia titolo, e buona fede; il che ha avuto luogo anche prima, che si fosse data fuori detta Legge del Regno;* Ved. il num. 36.

34 *La buona fede, dove propriamente consista.*

35 *Possessor di mala fede è colui, che possiede senza le solennità dalla Legge necessariamente richieste:* Ved. il num. 37.

39 *Della differenza, ch' è posta tra la prescrizion tricennale de' feudi, e la tricennale de' beni indifferenti, e burgensatici a tenor del jus Civile:* Ved. il num. seg.

40 *Qual sia, e dove consista l'investitura presunta.*

41 *A prescrivere il Regio assenso, e'l jus della caducità spettante al Regio Fisco, si richiede lo spazio di anni* 100.

42 *L'alienazion del feudo senz' assenso, per jus feudale comune, era nulla; e quantunque da' contraenti si fosse rivocata, non evitavasi la pena della caducità. Si evita oggi per Legge del Regno, rivocandosi l'alienazione prima, che l'alienante sia prevenuto dal Fisco.*

43 *Contr'al fatto proprio, si può venire, dove l'atto sia nullo del tutto.*

44 *Della differenza, che passa tra la Costituzione,* Consuetudinem pravam, *e la Costituzione,* Constitutionem divae memoriae: *e perchè per la prima, e non già per la seconda, abbia luogo la prescrizion tricennale.*

AL-

ALLEGAZIONE XII.

NEll'anno 1632, il Cavaliere dell'Ordine di S. Michele Paolo Emilio Ferrillo, contraſſe matrimonio con Iſabella Doria. A coſtei diè 'l padre in dote il *maritaggio* della famiglia Doria aſcendente a duc. 6000. della noſtra moneta, de' quali furon poi pagati ſoli 3045.70, e donò lo ſpoſo duc. 4000. a condizione, che tener doveſſero il luogo dell'anteſato, a tenore della Prammatica data fuori pochi anni prima dal Duca di Oſſuna. Nacquero da coteſto matrimonio tre maſchi, Filippo, Carlo, e Marcantonio, ed una femmina per nome Anna. Nell'anno 1650. morì Paolo Emilio *ab inteſtato*, ſuperſtiti tutti e quattro i figli, e la coſtoro tutela, e cura ad Iſabella ſi deferì. Avea coſtei un fratel germano, detto Giambatiſta, uom nobile, quanto altri; ma non men povero dell'antico Iro, che ci vien da Omero deſcritto per l'uomo più povero della Grecia. Coteſto fratello aveva Iſabella fatto penſiero di arricchire colla roba di Caſa Ferrillo: ma, fino a tanto che viſſe Paolo Emilio, non potè condurre al diſiato fine il diſegno. Liberata appena dalla ſuggezion del marito, al diſiato fine il conduſſe. E non ebbe a durar gran fatiga. Nell'anno della morte di Paolo Emilio, avea Filippo anni 15., Carlo 13., e Marcantonio 11: ed oltracciò, Filippo non curò mai il ben della Caſa, come colui, che non fu mai inchinato a tor moglie: e cieco era di paſſione come per la madre, così per Giambatiſta ſuo zio, al cui figlio donò poi tutta ſua roba, e nella cui caſa, dopo la coabitazione di più anni, finalmente morì: Carlo era così dappoco, che, ad iſtanza del ſuddetto Filippo, gli fu dalla G. Corte inibita qualunque alienazione; e Marcantonio fu un uom ſemplice, e puſillanimo. In tale ſtato

di cose, Isabella, tosto che morì Paolo Emilio, si pose in casa il fratello, e gli diè la libera amministrazion della roba de' figli.

Ma per arricchire Giambatista, senzachè scandalo ne nascesse, conveniva, che l' amministrazion, che aveva Isabella della roba de' figli, si traesse il più che si potesse in lungo, e che sotto un qualche specioso pretesto buona parte di essa in lui si trasferisse. Ed ecco come Isabella, dell' indole de' figli abusando, ne venne felicemente a capo. Nell' anno 1658. era già da più anni finita, secondo il prescritto delle Leggi, la cura di Marcantonio, di Carlo, e di Filippo; e le loro rendite erano ancora amministrate da lei. In un pubblico istrumento del dì 18. del mese di Novembre del detto anno, essa stessa asserisce, che aveale amministrate *de eorum consensu, & ordine oretenus usque in praesentem diem*; se non che prima del detto tempo, aveva ella fatto suo compagno nell' amministrazione il suo fedel primogenito Filippo, coll' animo di deporla in apparenza, quando, trovandosi colui ben istrutto per lungo uso degli affari della casa, i due fratelli, ch' erano inesperti, e dappoco, avrebbero avuto di grazia lasciarne l'amministrazione a lui solo, che tutto da lei dipendea.

Amministrandosi a cotesto modo le rendite de' tre fratelli, è ben verisimile, che qualche parte ne facesser cadere Isabella, e Filippo nella borsa di Giambatista, sì bene accolto in lor casa. Ma non potea ciò bastare ad arricchirlo, come da loro si desiderava; ed e' si aveva ad arricchire sotto un qualche specioso pretesto, che si trovò finalmente, e furon le nozze da Isabella conchiuse tra 'l fratello, tuttochè di anni pieno, e la sua figliuola Anna, la quale, essendo morta nell' anno 1730. in età di anni 81, ed avendo contratte le nozze nell' anno 1659, è chiaro, che moglie divenne, quando non

avea

avea toccata ancora la pubertà. A tanto giunse l'impegno di arricchir Giambatista.

Consistea la roba di Casa Ferrillo negli stabili ereditarj di Paolo Emilio del valore di duc. 44539, e nel feudo di Cercemaggiore comprato nell'anno 1652, anche con danaro ereditario per duc. 32m.; onde ascendea tutta a ducati 76539. Or avendo Paolo Emilio lasciati quattro figli, la costoro legittima, sarebbero stati ducati 25513, e la porzione a ciascun de' quattro spettante 6378: e quando si fosse Anna dotata della intera legittima, ne avrebbe dovuto essere più che contenta. Ma Isabella, Filippo, e Giambatista voleano, che si dotasse oltre la virile. La quarta parte dell'intera somma de' duc. 76539. sarebbero stati 19134, ed Anna ne' Capitoli matrimoniali del dì 18. del mese di Novembre dell'anno 1658. fu dotata di 20000. da pagarsi dentro sei mesi dal dì del matrimonio. Ai detti duc. 76539. aggiungasi quel danaro, che nell'istrumento di divisione si lasciò comune a' fratelli nella somma di duc. 20m. In tal caso sarebbe ascesa la virile a duc. 24134, ed anche in tal caso avrebbe sofferto la Casa Ferrillo danno maggiore, che, se oltre la virile fosse stata colei dotata. In un albarano del giorno istesso erasi convenuto, che le spese, che si aveano a fare in Roma *per la dispensa*, e le spese, che si aveano a fare in Napoli *per lo matrimonio*, si facesser tutte dai dotanti. Costa per una partita di Banco, che nell'anno 1716, quando molto men difficili, che nel passato secolo, erano le Pontificie dispense per le nozze colla figlia della sorella, si pagarono in Dateria da Ippolito di Costanzo scudi 8000, ascendenti a 10000. ducati Napoletani. Al contrario, per un documento prodotto dal Marchese di Cercemaggiore, si pretende, che per lo matrimonio di Giambatista Doria, e di Anna Ferrillo, furon pagati in Dateria scudi 2400,

cioè 3000. ducati della noſtra moneta. Sia così. Già ſi tolſero per coteſte nozze alla Caſa Ferrillo altri duc. 3000: e ſi sa, che per sì fatte diſpenſe non nella ſola Dateria ſi ſpende danaro. Le ſpeſe poi del matrimonio di un Cavaliere, che, dall'illuſtre Caſato in fuori, altro di ſuo non avea, veriſimilmente aſceſero a più altre migliaja.

Pur non erano di ciò contenti Iſabella, Filippo, e Giambatiſta. Il bel feudo di Cercemaggiore ſi avea da trasferire da Caſa Ferrillo a Caſa Doria; e quando que' tre erano in lega, era bella, e fatta la coſa. Ed ecco, che Filippo, il quale, come primogenito, ne avea l'utile dominio, e Carlo, e Marcantonio, che vi rappreſentavano su rate di prezzo, con iſtrumento del dì 29. del meſe di Agoſto dell'anno 1659. in ſoddisfazione de' ducati 20m. dotali di Anna, trasferiſcono in Giambatiſta, ſenz'alcun patto di ricomprare, l'utile dominio de' corpi feudali, e 'l pieno de' burgenſatici di Cercemaggiore. E perchè nol trasferirono in Anna, a cui ſi apparteneva il dominio della dote? Perchè l'idolo, che Iſabella, e Filippo voleano, che ſi adoraſſe, era Giambatiſta. Or chi legge coteſto iſtrumento, chiari indizj vi trova dell'abuſo, che allora ſi fece della ſciocchezza di Carlo, e della ſemplicità, e puſillanimità di Marcantonio Ferrillo.

Si vada ora più in là. Si è detto, che Paolo Emilio donò ne' Capitoli ad Iſabella l'uſufrutto di ducati 4000, e che delle di lei doti ſi erano eſatti 3045. 72. Or non contenta Iſabella del ſemplice uſufrutto de' ſuddetti duc. 4000, ne volle ancora la proprietà: e perchè non diſſentiva Filippo, immediatamente le ſi pagarono. Preteſe ancora la reſtituzion delle ſue doti nella ſomma da Paolo Emilio ricevuta di ducati 3045. 72. E comecchè queſti ſi doveſſero impiegare in compra, perchè

a te-

a tenore de' Capitoli della sola decima parte avrebbe potuto disporre, nondimeno, in soddisfazione di essi, volle da' figli una cessione *omnium eorum bonorum mobilium, argenteorum, aureorum, jocalium, & curruum existentium in eorum domo*: e perchè Filippo non dissentiva, l' ottenne. Pongasi ora mente a quell' *omnium*, e si conchiuderà, che nè argento, nè oro, nè carrozza, o cavallo, nè alcuno altro mobile restò in casa de' Ferrilli, che proprio lor fosse. Nè ci sia chi creda, che, coabitando con loro la madre, e' ne avesser l' uso. Uscito che fu Giambatista della casa de' Ferrilli, ne uscì ancora Isabella, e tutti seco gli portò nella casa di Giambatista. Può darsi madre più disamorata? E pure ci è cosa nell' istrumento, che a me pare men tollerabile. Dopo di avere Isabella ricevuti da' figli in proprietà que' ducati 4000, de' quali aveva il nudo usufrutto, e dopo di aver tolti loro tutti i mobili, si riserva contra essi *jura competentia consequendi vestes lugubres, lectum viduale, & interesse*. Ed una madre, dopo 10. anni dalla morte del marito, e dopo una sì lunga, e sì capricciosa amministrazione delle rendite de' figli, in quell' istesso istrumento, in cui toglie loro duc. 4000, e tutti i mobili, osa di fare contra essi una sì avara, e tanto ingiusta riserva! E Carlo Ferrillo si tace, e consente! E si tace, e consente Marcantonio Ferrillo! E tutti e due tacciono, e consentono, mentre colei dice, che riceve i ducati 4000, e tutti i mobili della casa *pro faciendo dictis filiis rem gratam*.

Par, che non possan più crescer le maraviglie della dolosa condotta d' Isabella, di Filippo, e di Giambatista, e della sciocchezza, e semplicità di Carlo, e di Marcantonio. E pure molto più le fanno crescere due altri istrumenti stipolati l' un dopo l' altro nel dì 8. del mese di Novembre dell' anno 1673. Nell' anno 1662. comprò Filippo a suo nome per duc. 11m. annui 440. sull' arenda-

Digitized by Google

damento della farina vecchia. Or nel primo de' detti istrumenti, e' dichiara con giuramento, che nella compera de' suddetti annui 440. aveva avuto il *nudo nome, per essere stati comprati di danaro proprio d' Isabella.* E donde aveva ella ritratta la considerabil somma di ducati 11m.? Da Genova non l' avea certamente portata: e
1 quando chiaramente non si dimostri esserle pervenuta altronde, che dalla roba del marito, e de' figli, contra lei presumon le Leggi (*a*): e sebben queste parlino della moglie, che, durante il matrimonio, faccia un qualche acquisto, nondimeno si sa, che per maggioranza di ragione si estendono alla madre tutrice, e curatrice de' figli (*b*).

Tempo è ora di venire al giudizio presente. De' tre fratelli Ferrilli, il solo Marcantonio terzogenito prese moglie, e morendo nell' anno 1690. lasciò nella infantile età due figli, Giuseppe, e Benedetto, che, fatti maggiori, acquistaron le notizie de' tanti, e sì gravi danni, che avea la lor Casa ricevuti da Isabella, da Giambatista, e da Filippo; e nell' anno 1719., dedussero nel S. Consiglio la nullità, e la enormissima lesione di tutti i soprammentovati contratti contra 'l Marchese Domenicantonio Doria, com' erede di Giambatista, doloso occupatore della loro roba, e come donatario universale di Filippo, e contra Filippo istesso; ma, opposta dal primo l' eccezion del compromesso, e dal secondo l' eccezion del chericato, fu l' affare rimesso a due arbitri, dinanzi a' quali il termine si compilò, senza essersi (colpa del Marchese) profferito mai laudo. Finalmente nell' anno 1722., stanchi di litigare Giuseppe, e Benedetto,

si

(a) *L. Quintus Murius... ff. de donat. int. vir. & L. etiamsi 6. C. eod.*

(b) *V. Coras. Miscell. lib. 3. cap. 5.*

si lasciarono indurre ad una transazione, in virtù di cui, per la tenuissima somma di annui 184. 4. di fiscali, il cui capitale effettivo giunge appena a duc. 2500, rinunziarono alla lite. Ma nell'anno 1738. si accorsero, ch' enormissimamente lesiva, anzi nulla, era stata la suddetta transazione: onde Benedetto, anche come cessionario di Giuseppe, ricorse per la seconda volta nel S. Consiglio, rinnovando le antiche azioni, e deducendone anche altre prima non dedotte. Oppose allora il Marchese l'eccezione della *restituzion dell'accetto*: e in questo stato è'l giudizio, che si prosegue oggi da' tre figli di Benedetto.

Prima di venire al punto della presente controversia, 2
ingenuamente confesso, che da non pochi Dottori s'insegna, non esser da estendere alle transazioni la notissima *L. 2. C. de resc. vend.* principalmente, perchè pubblicamente importa, che abbian fine le liti: e così, contr'al Bartolo, il Baldo opinò. Ma non mi si negherà, che la sentenza più ricevuta nel foro, distingue tra la enorme, e l'enormissima lesione; e comecchè per la enorme non le rescinda, ben le rescinde per la enormissima. Questa sentenza, come più equa, più tuta, e confermata da più gran numero di Decisioni, segue il dotto Valerone (*a*); soggiungendo, che quel Fabro, il quale ne' libri degli *Errori de' Prammatici*, avea l'opinion del Baldo difesa, fece poi in più *Definizioni* del suo Codice a rescission soggiacere le transazioni enormissimamente lesive. Nè meno potrà negarsi, 3
che cotesta questione ha luogo, quando trattasi di rescinder le transazioni come lesive del jus in esse dedotto, il di cui dubbio evento fu nel tempo di esse estimato, ed assi ora dal Giudice nuovamente da estimare, non quando dopo le transazioni un jus nuovo si scopre;

e si

(a) *De transact. tit. 6. q. 2. num. 46.*

4 e ſi deduce. Ciaſcun sa, che ſono le tranſazioni di ſtrettiſſima interpetrazione, nè ſi eſtendono oltre le coſe nominatamente dedotte. Così reſcriſſe l' Imp. Aleſſandro (*a*): così reſcriſſero gl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano (*b*): e ciò tanto è vero, che ſebbene dopo le coſe nominatamente dedotte, ſi ſoggiunga una qualche clauſola generale, queſta dee reſtringerſi a quelle. Così nel ſuo Codice il Fabro (*c*): *Quoties in tranſactionis praefatione ſpecialis petitio proponitur, deciſio autem ſequitur generalis, non de aliis tranſactum videri debet, quam quae ſpecialiter deducta fuerant in petitionem, ne tranſactio alioqui facile trahatur ad incogitata.*

5 Per quel, che poi ſi appartiene alla eccezione della reſtituzion dell' *accetto* (ed ecco, che vengo al punto della preſente controverſia) quantunque per un reſcritto degl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano (*d*), da molti ſi creda, non eſſer da ſentire chi vien contra la tranſazione, ſe prima non abbia reſtituito l' *accetto*, nondimeno ben molti, interpetrando altrimenti quel reſcritto (e tra coſtoro è 'l noſtro de Marinis (*e*)) coteſta eccezione riſervano ai meriti della cauſa: e queſto da gran tempo è lo ſtile de' noſtri Tribunali, maſſimamente del S. Conſiglio. De' ſuoi tempi ſcriſſe il de Marinis (*f*), *quod hac parte in S. C. inducta eſt conſuetudo judicandi*, e molte *Deciſioni* ne reca: altre ancora ne reca il de Roſa (*g*), e ben molte ſe ne ſono fatte a dì noſtri. Che

ſe

(a) *L. age cum Geminiano* 3. *C. de tranſact.*
(b) *L. ſi de certa re* 31. *C. eod.*
(c) *Lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 6.
(d) *L. ſi diverſa* 14. *C. eod.*
(e) *Reſol. lib.* 2. *cap.* 234. *num.* 3.
(f) *Num.* 4.
(g) *Prax. decret. civ. par.* 1. *in* 1. *inſtan. ord. jud. cap.* 5. *num.* 21.

ſe talvolta ſi è obbligato l' attore a reſtituire l' *accetto*, è ciò avvenuto nel caſo, che ſieſi chiaramente conoſciuta l' ingiuſtizia della petizione, vera eſſendo la regola, che ci dà'l citato de Roſa intorno a ciò (*a*): *Reſtitutio acceptorum a judicis arbitrio potiſſimum dependet, quod ſane regulandum eſt a laeſione, & a bono, vel malo jure actoris, qui contra tranſactionem venit*. Or è agevole a dimoſtrare, che non ſolo enormiſſimamente leſiva, ma nulla ancora fu la tranſazione dell' anno 1722. Parlerò prima della leſione.

Le azioni da Giuſeppe, e Benedetto Ferrillo dedotte contra'l Marcheſe di Cercemaggiore, ſi leggon tutte in quattro Capi dell' iſtrumento della tranſazione. Nel primo Capo ſi parla della eccefſiva dotazione di Anna, e ſe ne pretende la riduzione a giuſta meta. Ed io, comecchè troppo ſia chiaro, ch' eccefſive per quel, che ſe n'è detto in queſta *Scrittura*, furon le doti ad Anna aſſegnate nella ſomma di duc. 20m., pur mi contento, che non ſe ne tenga alcun conto, e meno ancora buone le grandi ſpeſe fatte in Roma per la diſpenſa, e le altre certamente maggiori fatte in Napoli per lo decoroſo matrimonio, e mantenimento di un nobiliſſimo Cavaliere dalla ingiuſta fortuna a ſomma inopia ridotto.

Quel, che non può menarſi buono, è'l contenuto nel ſecondo Capo; cioè, l' eſſerſi dato ſenza patto di ricomprare per ſoli 20m. ducati un feudo apprezzato per duc. 45212, e comprato nello ſteſſo anno, dedotta la feſta, per duc. 32m., a' quali ſi aggiunſer poi altri 2350, prezzo di una maſſeria di buoi, e vacche; e l' eſſerſi dato a sì vil prezzo, allegandoſene due cauſe, le quali Filippo, e Giambatiſta ben ſapeano, ch' eran falſe, e non per altro fine allegavanſi, che per non fare accorti

(a) *Loc. cit.*

Carlo, e Marcantonio del maggior valore, e della maggior rendita di quel feudo. Nè mi ſi dica, che quel più, che valeva il feudo, non poteva eſſer tanto, che dandoſi per 20m. ducati ne ſeguiſſe leſione enormiſſima;
6 poichè quando la tranſazione contien più capi, nè ſi dà per ciaſcuno certa e determinata ſomma, naſce allora la leſione da tutti uniti inſieme: *Si tranſactio*, dice il ſopraccitato Valerone (*a*), *plura capitula contineat, ad ineundam, & judicandam laeſionem, omnium habenda eſt ratio ... niſi ſingula jura ſingulis quantitatibus tranſigantur:* il che non ſi fece nella tranſazione, di cui ſi tratta.

Nel terzo Capo ſi parla de' duc. 4000, che preteſe ed ebbe Iſabella da' figli in proprietà, tuttochè ſe ne doveſſe il ſolo uſufrutto: ſi parla ancora de' mobili a lei dati per duc. 3045. 70 ſue doti, e da lei interamente donati al fratello, tuttochè della ſola decima poteſſe diſporre; e finalmente ſi parla degli altri duc. 437. 30 dotali, pagati ad Iſabella dopo la morte del marito, e da lei celati a' figli, e donati al fratello: le quali tre ſomme aſcendono a duc. 7483. Or perchè ſi conoſca, a che giungeſſe nell'anno 1722. coteſta pretenſione, egli è da ſapere, che eredi di Carlo per la metà erano Giuſeppe, e Benedetto, onde com'eredi di Marcantonio lor padre, e com'eredi di Carlo loro zio, avrebbero rappreſentata la metà di tutte le ſuddette tre ſomme, cioè 3741. 50. e di altri duc. 6674. 60. de' quali non ſi parla nella tranſazione, perchè da Giuſeppe, e Benedetto nulla ſe ne ſapeva.

Nel quarto Capo ſi parla de' ducati 11m., de' quali Iſabella, dappoichè Filippo dichiarò, che a lei ſi appartenean, donò a Giambatiſta 4333. 33, e ſi pretende la metà de' detti 11m. ducati, la quale coll' intereſſe alla ſteſſa

(a) *Tit. 6. quaeſt. 2. num. 61.*

ſteſſa ragion del 4, ma dall'anno 1662, in cui con que' duc. 11m. ſi comprarono gli annui 440. ſopra l'arrendamento della farina vecchia, aſcendeva a duc. 18700. E non ingiuſta era coteſta pretenſione. Quanto è certo, che danaro proprio d' Iſabella non furono que' ducati 11m., ma ereditarj di Paolo Emilio, altrettanto è certo, che quanto colei tolſe a' figli, tutto diè a Giambatiſta. Sono in tutto 25374-60.

Or poichè ne' giudizj delle tranſazioni leſive aſſi ad 7
eſtimare il dubbio evento delle liti, e queſto ſi dee tanto eſtimare, quanto *experti homines pro jure, ſeu actione illa communiter darent*, come giudizioſamente parla il de Marinis (*a*); chi è, che, ponendo mente a tutto ciò, che ſi è ſcritto dell' ingiuſtiſſimo impegno, che aveano Iſabella, e Filippo di arricchire Giambatiſta, e della malizioſa condotta di tutti e tre, e ſpezialmente delle falſe cauſe, che ſi allegarono in quaſi tutti i contratti, e che dal fatuo Carlo, e dal ſemplice, e puſillanimo Marcantonio furono ammeſſe come vere; chi è, io dico, che non trovi enormiſſimamente leſiva la tranſazione dell'anno 1722, in virtù di cui, per compenſo di tante ſomme da tutti e tre rubate a Carlo, ed a Marcantonio, ſi danno ai coſtui figli ſoli annui 184. 4 di fiſcali, il cui capitale effettivo appena giunge a ducati 2500? Qual Giudice, ſecondo la ſtretta giuſtizia, non avrebbe nel detto anno 1722. condannato il Marcheſe a pagar loro l'intera ſomma de' ſuddetti 25374. 60? Ed avrebbe uſata grande equità, calcolando l' intereſſe alla baſſa ragion del 4, quandochè per lo tempo, che avea Giambatiſta goduto del mal tolto, correa l' intereſſe al 6, ed al 7. per 100. E qual uomo dotto, ed *eſperto*, tranſigendo, non avrebbe eſtimato il dubbio

(a) *Lib. 2. reſol. cap. 233. num. 10.*

evento di queſta lite *pro jure* di Giuſeppe, e Benedetto, almeno per due terze parti de' duc. 25374.60?

Nè ſolamente leſiva per tutto ciò, che ſe n'è detto, è la tranſazione dell'anno 1722: è ancora del tutto nulla per riſpetto del feudo di Cercemaggiore, come
8 quella, a cui manca il R. aſſenſo. L'Imperador Federigo II. dopo di avere generalmente dichiarate nulle le alienazioni de' feudi ſenza l'aſſenſo del Principe, ſoggiunſe (*a*): *Tranſactiones etiam, ſi quae ſine mandato noſtrae Curiae factae fuerint, nullius decernimus eſſe momenti.*

Ma non è la detta tranſazione il titolo, onde primamente quel feudo ſi alienò. Sin dal paſſato ſecolo eraſi trasferito in Giambatiſta in virtù di dazione *in ſolutum*, munita di R. aſſenſo. Così l'accorto Contraddittore.

Riſpondo, che, ſe alla tranſazione mancò di fatto l'aſſenſo, alla detta *in ſolutum* dazione mancò per dritto: onde è ſtato ſempre quel feudo preſſo i primogeniti di Caſa Ferrillo. A chiaro intendimento di ciò, ſono da
9 premettere tre maſſime. La prima è, che, ſe nullo è 'l contratto, ſopra cui cade l'aſſenſo del Principe, nullo ancora è l'aſſenſo, perchè l'aſſenſo è acceſſorio, e, come tale, ſegue la natura del principale: *Aſſenſus*, dice il de Ponte (*b*), *non eſt actus de per ſe ſtans, ſed eſt confirmatio contractus rei feudalis, & non dato confirmabili, quod eſt contractus, non habet ubi figat pedes.* La
10 ſeconda è, che l'aſſenſo è di così ſtretta natura, che non ſi eſtende da contratto a contratto, nè da coſa a coſa, nè da perſona a perſona, nè da tempo a tempo: *Quum aſſenſus ſit ſtricti juris*, ſono parole dello ſteſſo de Ponte (*c*), *regula eſt non extendi nec de contractu ad-*

con-

(a) Conſt. *Conſtitutionem Divae memoriae.*
(b) *De pot. Proreg. tit. 7. §. 9. num. 7.*
(c) *Tit. 6. num. 40., 41., & 42.*

contractum, nec de re ad rem, nec de caſu ad caſum, nec de perſona ad perſonam: le quali parole eſcludono ancora l'eſtenſione da tempo a tempo: e l'eſpreſſe altrove il de Ponte per queſte altre (*a*): *Aſſenſus non extenditur de tempore ad tempus in tantum, quod aſſenſus ſuper contractu facto non extenditur ad faciendum.* La terza è, 11
che l'aſſenſo non regiſtrato dentro il biennio ne' quinternioni della R. Camera, ſi ha come non dato: *Regiſtratio*, ſcrive il Gizzarello (*b*), *eſt ſollemnitas, quae requiritur a Lege ex forma cum praefinitione temporis, quo elapſo, actus eſt nullus.* E non è ſolamente nullo per la diſpoſizion della Legge: è nullo ancora in virtù della clauſola irritante, *alias non habeatur pro praeſtito*, ſenza cui non ſi danno gli aſſenſi alle alienazioni de' feudi. Si vegga il de Marinis (*c*).

Si adattino ora coteſte maſſime al caſo. Il feudo di Cercemaggiore fu dato *in ſolutum* a Giambatiſta Doria, perchè in lui paſſaſſe il dominio utile de' corpi feudali, e 'l pieno de burgenſatici. Or tanto baſta, perchè coteſta *in ſolutum* dazione ſia nulla. Abolita dall' Imp. 12
Giuſtiniano l'antica differenza tra 'l dominio quiritario, e 'l dominio bonitario (*d*), non ſi dubita, eſſer le doti nel dominio della moglie, non già del marito, che ne ha la ſemplice amminiſtrazione, e ne fa ſuoi i ſoli frutti. Quinci ſegue, che la promeſſa della dote, comecchè, per riſpetto de' frutti, formi un credito del marito, nondimeno, per riſpetto del corpo dotale, forma un credito della ſola moglie. Dunque i duc. 20m., che furono ad Anna aſſegnati in dote, e che a tenor de' Capitoli

era-

(a) *Tit.* 4. §. 7. *num.* 26.
(b) *Deciſ.* 3. *num.* 15.
(c) *Tom.* 3. *alleg.* 134. *a num.* 4.
(d) *L. un. C. de nudo jure Quirit. toll.*

erano da *impiegarſi in compra*, ſi dovean pagare ad Anna per lo dritto, che avea ſul corpo dotale, ed a Giambatiſta per lo dritto, che avea su i frutti: o pagandoſi a Giambatiſta gli ſi dovean pagare come a marito, e legittimo amminiſtratore, non in modo, ch'e'ne acquiſtaſſe il dominio: ſeguentemente, eſſendo il feudo di Cercemaggiore divenuto il fondo dotale di Anna, era da darſi in modo, che ne acquiſtaſſe il dominio Anna, non Giambatiſta: ed al contrario, eſſendoſi dato, e ricevuto in modo, che da Giambatiſta, non già da Anna, il dominio ſe ne acquiſtaſſe, è chiaro, che del tutto
13 nulla fu coteſta dazione *in ſolutum*. Nullo per Legge è 'l pagamento, che fa 'l debitore al non ſuo creditore (*a*). Dunque, per la prima maſſima, nullo fu 'l R. aſſenſo, che ſulla detta *in ſolutum* dazione s' impetrò da Giambatiſta, e 'l feudo di Cercemaggiore è ancora in Caſa Ferrillo.

Che ſe foſſe ſtata da principio valida, qual non fu, coteſta *in ſolutum* dazione, l'annullaron poi i contraenti medeſimi, quando 37. giorni dopo, per lo Banco della Pietà, pagarono i Ferrilli a Giambatiſta i duc. 20m. come dotali di Anna, e per lo medeſimo Banco gli reſtituì loro Giambatiſta come prezzo del feudo di Cercemaggiore. Colla dazione *in ſolutum* acquiſtavaſi a Giambatiſta il dominio del feudo: col pagamento fatto a Giambatiſta de' duc. 20m., e colla reſtituzione fatta di eſſi, acquiſtavaſi ad Anna, perchè come in eſecuzion de' Capitoli pagavanſi a Giambatiſta i duc. 20m. colla qualità di danaro dotale di Anna, così ancora in eſecuzion de' ſuddetti Capitoli s' impiegavano nella compera di quel feudo: nel qual caſo non è da dubitare, che 'l dominio del feudo, per poteſtà di Legge, da Anna acquiſta-

(a) *L. ſi duo rei* 128. *de verb. obl.*

ſtavaſi, non da Giambatiſta. Ciò tanto è vero, che 14
ſebbene ſia regola di Legge, che chi compera per ſe un fondo col danaro di altrui, *non ei, cujus numi fuerunt, ſed ſibi tam actionem emti, quam dominium, ſi ei fuerit tradita poſſeſſio, quaerit*, reſtando debitore del danaro, come reſcriſſero gl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano (*a*): nondimeno ceſſa la regola nella compera, che 15
altri faccia del fondo col danaro dotale: *Speciale eſt*, ſono parole di Anton Perezio (*b*), *ut res pecunia dotali emtae pertineant ad mulierem*. Or poichè incompatibili ſono due atti, l'un de' quali dà 'l dominio della coſa a Tizio, l'altro a Tizio il toglie, e dallo a Cajo, neceſſariamente ne ſegue, che col ſecondo atto del pagamento fatto a Giambatiſta, e della reſtituzion de' duc. 20m. fatta ai Ferrilli, ſi novò, e ſi annullò quel primo della dazione *in ſolutum*: ed ecco, che, annullata l'*in ſolutum* dazione, ch' era il principale, ſi annullò ancora l' aſſenſo, ch' era l' acceſſorio; e dal Marcheſe di Cercemaggiore ſi poſſiede oggi il feudo ſenz' aſſenſo.

Nè ſi può dire, che l' aſſenſo caduto ſulla dazione 16
in ſolutum, poſſa giovare alla compera, che co' 20m. ducati dotali di Anna ſi fece poi di quel feudo; poichè, contra la ſeconda maſſima, ſi eſtenderebbe l' aſſenſo da contratto a contratto, da perſona a perſona, e da tempo a tempo. Si eſtenderebbe da contratto a contratto, perchè la dazione *in ſolutum* è ſimile alla vendita, ma 17
vera vendita non è. Fanno di ciò chiariſſima pruova un luogo di Ulpiano (*c*), ov'è ſcritto: *Emtori SIMILIS eſt is, qui rem in ſolutum accepit*: un' altro dell' Imp.

An-

(a) *L.* 8. *C. ſi quis alteri, vel ſibi alien. pec.*
(b) *Ad d. tit. C. num.* 4.
(c) *L. is qui* 15. *ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ.*

Antonino (*a*): *Hujuſmodi contractus* (parla della *in ſolutum* dazione) *VICEM venditionis obtinet*; e i due ſeparati e diſtinti titoli delle Pandette *Pro ſoluto*, e *Pro emtore* (*b*). Tanto baſta, perchè nelle materie di ſtretta interpetrazione non poſſa eſtenderſi la diſpoſizion dell'uomo, o della Legge dall'uno all'altro contratto. Di più ſtretta natura, che lo Statuto, è l'aſſenſo del Principe:
18 e nel caſo dello Statuto, che parli della vendita, non già della dazione *in ſolutum*, ſcrive il Mantica (*c*), che, *licet datio in ſolutum ſit ſimilis venditioni, tamen ſtrictè non eſt venditio, & ideo in Statuto non continetur*. Si eſtenderebbe da perſona a perſona, perchè l'aſſenſo da Giambatiſta fu chieſto per ſe, non per Anna, ed a Giambatiſta non ad Anna fu dato. Finalmente ſi eſtenderebbe da tempo a tempo, perchè quando fu chieſto, era coſa già fatta l'*in ſolutum* dazione, e coſa da farſi era l'impiego del danaro dotale nella compera del feudo.

Ma ſi faccia finita. L'aſſenſo da Giambatiſta ottenuto ſulla dazione *in ſolutum*, in vece di regiſtrarſi dentro il biennio, fu regiſtrato addì 3. del meſe di Luglio dell'anno 1663; vale a dire dopo tre anni, e meſi: e ne fa fede il Conſervatore de' Quinternioni della R. Camera. Dunque, in virtù della terza maſſima, ſi ha come non dato. Nè giova al Marcheſe di Cercemaggiore quel, che lo ſteſſo Conſervatore ſoggiunge, che la regiſtrazione ſeguì *per ordine di S. E. lapſu temporis non obſtante*; poi-

(a) *L.* 4. *C. de evict.*

(b) *In alcune edizioni, il titolo* Pro ſoluto, *non è ſeparato dal titolo* Pro emtore: *ma ſeparato ſi oſſerva nella edizion volgata, ed in quella di* Aloandro: *e ſeparato il vuole* Dionigi Gotofredo *ſulla L.* pro ſoluto 46. ff. pro emt.

(c) *De tacit. & ambig. convent. lib.* 3. *tit.* 8. *num.* 12.

poichè ſebbene non altro, che queſto ſi trovi notato (giacchè 'l quinternione di quell' anno ſull' entrare del diſcorrente ſecolo ſi perdè) nondimeno non è da dubitare, che 'l Vicerè diſpensò colla giunta di queſte altre parole, *citra praejudicium jurium R. Fiſci, & partium:* e lo ſteſſo Conſervatore non ce ne fa dubitare. Che ſe dal Vicerè ſi foſſero omeſſe, ſi dovean per Legge aver come appoſte. Il ſolo Re con certa ſcienza, e per pub- 19
blica cauſa può derogare ai diritti del terzo, come maeſtrevolmente dal Grozio s' inſegna (*a*). Or nel tempo, che ſi frappoſe tra l' impetrazione, e tra la regiſtrazion dell' aſſenſo, eraſi lo ſtato delle coſe mutato in guiſa, che, dovendo l'atto della regiſtrazione, in virtù di legal retrotrazione, ricorrere al tempo dell' atto della impetrazion dell' aſſenſo, ciò non potea ſeguire ſenza offendere il jus del terzo, per quel, che ora ſoggiungo. Il feudo di Cercemaggiore ſi apparteneva al ſolo Filippo, ch' era il primogenito de' tre fratelli, e dal ſolo Filippo fu venduto a Giambatiſta. Carlo, e Marcantonio intervennero all' atto come rappreſentanti rate di prezzo. Or perchè poteſſe farſi luogo alla retrotrazione dell' atto della regiſtrazione, era neceſſario, che Filippo ſino al tempo della regiſtrazione conſervaſſe quel diritto, ch' e' ſolo avea su quel feudo. Ma 'l conſervò ſino al dì 1. del meſe di Gennajo dell' anno 1662, e non oltre. In quel dì ricevè dal Veſcovo di Carinola la prima cherical tonſura, come dalla Bolla, che ſi è preſentata: ed in quel giorno iſteſſo, anzi in quello ſteſſo momento, nel quale cherico divenne, perdè quel diritto, che avea ſul feudo, e queſto paſsò, come ſaetta, in Marcantonio, giacchè cherico era anche Carlo. Ed ecco, che la diſpenſa da Giambatiſta ottenuta, come quella, che derogava al

(a) *De jure bel. lib. 2. cap. 14. §. 7.*

& contractus defuncti nullus, tanquam talis, evanuit. Lo ſteſſo ſi legge appreſſo il de Marinis (*a*), il Rodoerio (*b*), e'l de Luca (*c*): nè ci è chi contraddica. Or non 21
ci ha differenza tra'l caſo, che dopo la morte dell'alienante s'interponga l'aſſenſo, e 'l caſo, che s'interponga dopo il chericato; poichè come per la morte, così per lo chericato, il feudo ſi perde dall'alienante, e ſe ne trasferiſce il dominio nel ſucceſſore; e così nell'uno, come nell'altro caſo, caderebbe l'aſſenſo ſopra la roba altrui. Un caſo, al noſtro ſimigliantiſſimo, trattò Camillo de Medici, cioè'l caſo di una feudataria, che per lo monachismo avea perduto i feudi; e dell'aſſenſo ſpedito dopo il monachismo, ſcriſſe così (*d*): *Si ergo aſſenſus expeditur tempore inhabili, quo Victoria ingreſſa eſt Monaſterium, & feuda amiſit, quia tranſiverunt ad ſucceſſores, ſequitur, aſſenſum non valere, tanquam expeditum ſuper feudo alterius, quemadmodum aſſenſus expeditus poſt mortem alienantis feudum non valet in praejudicium heredis, ad quem feudum devenit, quia tunc Rex, diſpenſando, aſſentit ſuper alieno: non mirum ſi novus conſenſus heredis requiritur, & ſuper illo novo conſenſu Regis aſſenſus impetrari debet.* Nè ci è differenza tra'l caſo, che dopo 22
la morte, o 'l chericato dell'alienante non ſieſi ancora impetrato l'aſſenſo, e 'l caſo, che ſieſi impetrato, ma non ancora regiſtrato, poichè, richiedendoſi la regiſtrazione *pro forma*, come prima della impetrazione, così prima della regiſtrazion dell'aſſenſo, l'atto diceſi nullo; nè altro ci è, che la nuda e ſemplice ſperanza, la quale per la morte, o per lo chericato dell'alienante sva-

(a) *Lib. 1. reſol. cap. 25. num. 1.*
(b) *Ad de Marin. loc. cit.*
(c) *Ad de Marin. loc. cit.*
(d) *Conſil. 24. num. 32.*

niſce del tutto. Che ſe ſi voglia dire, che durante il biennio, dentro cui l' aſſenſo doveaſi regiſtrare, era l' atto per l' aſſenſo impetrato anzi ſoſpeſo, che nullo, certamente, non ſeguita la regiſtrazione dentro il biennio, l' aſſenſo fu riſoluto, e l' atto ſi ebbe come da principio nullo: e poichè la diſpenſa ſi ottenne dopo il chericato dell'alienante, non potea trarſi in dietro in pregiudizio del nuovo ſucceſſore nel feudo, anche perchè, avendoſi la diſpenſa come una nuova grazia, deve operare *ex tunc*, come parlano i Dottori; e trovandoſi in quel tempo o morto, o cherico l' alienante, non può confermare quel primo contratto, che non ci è più do-
23 po la morte, o 'l chericato. Aveva il Conte, e poi Duca di Monteleone, negli anni 1526, e 1533, ottenuto dall' Imp. Carlo V. la grazia di fondare un majoraſco ſopra i ſuoi feudi alterandone la natura, ma non ne avea curata la regiſtrazione dentro al tempo preſcritto: onde ſi ebbe a ricorrere nuovamente all' Imperadore per la diſpenſa, e queſta nell'anno 1554. ſi ottenne; ma, trovatoſi morto il Duca, e paſſato il dominio de' feudi nel ſucceſſore, ſenza la cui volontà non poteano i feudi ſottoporſi a majoraſco, il Capecelatro dimoſtrò, che la detta diſpenſa, come nuova grazia operante *ex tunc*, non potea confermare quel majoraſco, che più non ci era: *Quamvis in anno* 1554, ſono ſue parole (a), *fuerit per S. C. C. M. conceſſum, ut, non obſtante lapſu temporis, regiſtrarentur, illa fuit nova gratia, & ex tunc caeperunt habere vires privilegia praedicta, quod patet ad ſenſum, quia privilegia per prius conceſſa per temporis lapſum nunquam fuiſſent in rerum natura . . . quumque ſit neceſſarius nedum aſſenſus ſuae Majeſtatis, ſed etiam ut adſit voluntas ipſius feudatarii, ſequitur, quod quum in*

anno

(a) *Lib.* 1. *conſult.* 52. *num.* 13, *& num.* 20, *& ſequ.*

anno 1554, quo tempore fuit expedita dispensatio, mortuus erat Dux, qui majoratum erexit, assensus, sive privilegium superveniens, non habet instrumentum vinculationis, ubi figat pedes, ex quo dominium feudorum jam translatum erat in successorem.

Era dunque necessario un nuovo contratto col successore di Filippo, e sopra questo cader doveva un nuovo assenso; ma nè questo, nè quello ci è stato: anzi, venuto il feudo a Giuseppe, ne rivocò costui la *in solutum* dazione, e la vendita in virtù della Costituzione, *Constitutionem Divae memoriae*; e venuto ultimamente a Gaetano, ha costui, in virtù della stessa Costituzione, rivocata la transazion dell'anno 1722.

Si vegga ora, quali risposte a coteste obbjezioni rende il dotto Contraddittore. Ai legali motivi, pe' quali è da dire, che fu la detta *in solutum* dazione o da principio nulla, e perciò senza assenso, od annullata da medesimi contraenti senzachè nuovo assenso si fosse interposto sul nuovo contratto, nulla risponde. Nulla ancora dice del non essersi ottenuto l'assenso sulla transazione dell'anno 1722, e nulla della rivoca dell'anno 1773. Parla solamente della registrazion dell'assenso, e della rivoca dell'anno 1738.

Per rispetto della registrazione, e' dice, che questa 24
si è introdotta, e si ordina, che si faccia per lo solo interesse del R. Fisco, non già per lo privato interesse delle parti, valendosi dell'autorità del de Ponte, che scrisse (a): *Assensus non est registratus in R. Camera, quia non interest respectu partium, sed factum est respectu fisci, & ideo quandocumque potest registrari, & sic est consuetum; registrantur enim assensus in R. Camera, ut sciat Rex ejus feudatarios, & in quinternionibus ponat: quod non tangit par-*

(a) *Consil. 17. num. 8.*

partes, ideoque respectu partium assensus est jam perfectus, & validus.

25 Ma 'l de Ponte scrisse così per servire alla causa, e non trovò nè meno tra *Consulenti* un solo da citare in suo pro: nè riflettè, che quel solito, che allegò, dicendo, *& sic est consuetum*, gli era più, che ogni altra cosa, contrario; giacchè 'l solito è sempre stato di non altrimenti permettersi la registrazion dell'assenso dopo il biennio, che colla giunta della clausola, *citra praejudicium R. fisci, & partium*. In somma non ci è Dottore, che, cotesto punto trattando, ponga differenza tra l'interesse del R. Fisco, e l'interesse delle parti: al contrario in più casi, ne' quali del solo interesse delle parti si disputava, per la nullità dell'assenso si è giudicato dal S. Consiglio (*a*). Lo stesso de Ponte in un altro suo *Consiglio* il contrario insegnò, e (quel che importa) l'insegnò per le regole del dritto, e per lo comun sentimento de' Dottori. Opponeasi al de Ponte quello stesso, che, per la di lui autorità, mi oppone oggi il venerato Contraddittore, cioè, che la registrazion dell'assenso riguarda l'interesse del R. Fisco, non delle parti (*b*): ed e' rispose così: *Ex quibus apparet vanum esse dicere registrationem hanc tantum in Camera fieri ob fisci interesse, ut suos sciat feudatarios, non autem quoad perfectionem gratiae inter partes, quae ex verbo* (fiat) *fuit etiam perfecta; nam dum Rex assentit, non tam quaerit prospicere partibus, quam etiam sibi ipsi pro ejus interesse, & quanto magis conditiones assensus sunt in ejus beneficium, tanto magis erunt illae adimplendae, & custodiendae, nam si interesse voluntatis erit considerabile, quanto fortius interesse formatum ex registratione faciendae in Regia Camera ad sciendum suos feudatarios, quomodo feu-*

(a) De Marinis *alleg.* 134. *num.* 4. *&* 5. *tom.* 3.
(b) *Cons.* 5. *num.* 64. vers. *Ex quibus ad num.* 70.

feuda illi poſſideant, quomodo ſervitia ab illis exigi debeant, & quomodo illa ad Regiam Curiam devolvantur: unde ſufficit, quod gratia haec aſſenſus ſit ſic qualificata, & non aliter Rex voluerit eam valere, & quod ſit facta cum qualitate tali, quod ex deficientia illius actus reſolvatur a principio, ut ex praealleg. Et hoc eſt, quod in propoſito dixit Andr., quod modus, & conditio a pari procedunt in egreſſu revocando actum, & annullando, non ut ex nunc, ſed ut ex tunc, ut in propoſito ſatis eleganter tradit in c. 1. §. ſed nec eſt alia juſtior, 3. colum. num. 40. quae ſit prima cauſa benef. amitt. Unde, & ſi gratia erat perfecta quoad partes, non tamen erat quoad Regem, qui voluit in tantum inter partes valere, illiſque concedere, in quantum conditio, ſeu modus in gratia appoſitus adimplebatur, ut ſi dicamus hanc conſiderationem non mereri allegari: & Afflict. in praedicta deciſ. 335. jam loquitur de nullitate aſſenſus inter partes ob hunc defectum. Ex quo ſequitur, quod aut pars vult dicere, gratiam perfectam ex memoriali expedito per verbum fiat, & hoc eſt vanum, quia, ſi illud non deducitur in formam privilegii virtute Pragmaticarum, non eſt dubium nullum: aut vult dicere, gratiam perfectam ex expeditione privilegii in forma Cancellariae, & tunc dico, quod, quum haec expeditio habeat in ſe requiſitionem hujus ſollemnitatis effectualis cum clauſula annullativa infra certum tempus, non poterit pars hoc privilegio ſe juvare, niſi cum qualitatibus ſuis, conſiderando individuitatem voluntatis expedientis gratiam, & privilegium juxta tradita per Bar. in L. Graece in §. illud, ff. de fidejuſſ. Sequitur propterea, quod, ſtante defectu regiſtrationis, datur perneceſſe annullatio privilegii, & conſequenter ceſſat motivum, de qua ſupra.

Per riſpetto poi dell'azione, onde Giuſeppe Ferrillo 26
rivocò nell' anno 1738. la dazione *in ſolutum* dell' anno 1659, dice, ch' eſſendo queſta a beneficio di Marcantonio

nio primamente nata nell'anno 1662, nel quale Filippo divenne chierico, era già prescritta per lo corso di anni 30, per lo qual tempo prescrivesi tra' privati il jus di vindicare il feudo a tenore del jus feudale comune nel Capitolo, *Si quis per triginta*, espressamente confermato appresso noi dall'Imp. Federigo nella Costituzione, *Consuetudinem pravam*.

27 Rispondo, che cotesta prescrizion tricennale fu dal jus feudale comune introdotta, e dalla nostra Costituzion confermata in pena della grave negligenza de' feudatarj, che poteano, se non altro, *per conventionem legitimam*, cioè col primo libello notificato al possessore del feudo interromperla. Vien ciò chiaramente espresso nella nostra Costituzione colle seguenti parole: *In hoc saltem de evidenti desidia excusari non possint, quod interruptionem praescriptionis per conventionem legitimam, aut contestationem litis inducere potuerunt:* nè gli Spositori della Costituzione lasciaron di notarlo: *Feudum praescribitur* (dice l'antica Glosa sulla parola *Consuetudinem*) *in odium, & propter negligentiam primi possessoris, qui saltem per conventionem, vel litis contestationem potuit interrumpere praescriptionem* = *Intelligitur haec Constitutio* (dice l'Isernia) *in feudatario negligente* = *Inter privatos praescribitur feudum* (dice Matteo degli Afflitti) *per possidentem spatio 30. annorum, sine legitima interruptione, & adversario suo praesente, qui fuit negligens in petendo jus suum*. Dunque a cotesta prescrizion tricennale non altrimenti può farsi luogo, che, posta la negligenza del feudatario. Nè basta qualunque negligenza. Esser dee notoria a segno, che non possa il feudatario scusarsene: *De EVIDENTI desidia*, dice la Costituzione, *EXCUSARI NON POSSINT*. Or dove è giusta ignoranza, quivi esser non può negligenza: conseguentemente non può quivi cotesta prescrizione aver luogo.

Ciò

Ciò tanto è vero, che ſe mai ci ſia Statuto (come ce 28
ne ha in Italia, e fuori) il qual faccia correre il tempo anche a danno dell'ignorante, da graviſſimi Dottori s'inſegna, che, come contrario alla giuſtizia naturale, o non debba oſſervarſi, o ſi debba dal Giudice interpetrare in modo, che ſi reſtringa alla ſola ignoranza affettata. Così, dopo il Baldo, ed Angelo, il Ruino (*a*): *Quinimo etiam per Statutum fieri non poſſet, quod tempus curreret ignoranti.* Così ancora il Menochio (*b*): *Quum Statutum prohibet ignorantiam allegari poſſe.... Johannes de Anania hanc doctrinam intelligit procedere quoad injuſtam, & craſſam ignorantiam, non autem quoad juſtam, & probabilem, quae a Statuto non cenſetur ſublata, nec auferri poſſe videtur: quod ſenſerunt Baldus, Salicetus &c. Et hanc declarationem ego pariter probo.* E chi è, che in Marcantonio Ferrillo, della cui ſemplicità tante, e sì chiare pruove in queſta cauſa abbiamo: chi è, che non ammetta una più che *giuſta*, *e probabile ignoranza* del dritto, e del fatto? Della più che *giuſta*, *e probabile ignoranza* del dritto, non è certamente da dubitare. L'error di 29
Legge, trattandoſi di evitar danno, non nuoce (*c*). L'
ignoranza del fatto, trattandoſi del fatto di altrui, non 30
del proprio, ſi preſume ſempre per Legge: ed un fatto di altrui era la regiſtrazion dell'aſſenſo. Queſta iſteſſa ignoranza è, ſenz'alcun dubbio, da ammetterſi in Giuſeppe Ferrillo. Coſtui, nel tempo del chericato di Filippo, e della regiſtrazion dell'aſſenſo, non era ancora nato: e nell'anno 1690, nel quale morì Marcantonio ſuo padre, avea ſoli 9. anni: nè o nell'anno 1619, quando, interrompendo la preſcrizione, ſe mai foſſe in lui comincia-

(a) *Conſ.* 54. *num.* 10. *lib.* 5.
(b) *De arbitrar. caſ.* 186. *num.* 10. *&* 11.
(c) *L. juris* 7. *&* *L. error* 8. *ff. de jur. & facl. ignor.*

ta ſull' entrare della età maggiore, impugnò giudiziariamente la dazione *in ſolutum*, o nell'anno 1622, quando venne a tranſazione col Marcheſe di Cercemaggiore, ebbe mai notizia del tempo, e delle circoſtanze del tempo, in cui l' aſſenſo fu regiſtrato, perchè nel giudizio, e nella tranſazione ſe ne ſarebbe valuto in ſuo pro: e non men per riſpetto di lui, che per riſpetto di Marcantonio, era cotèſto un fatto di altrui.

31 Riſpondo ancora, che dall' anno 1662, in cui Filippo divenne chierico, fino all'anno 1719, in cui giudiziariamente s' impugnò la dazione *in ſolutum*, corſero non più che 56. anni, da' quali, anche ſecondo la Coſtituzione, *Conſuetudinem pravam*, ſarebbe da dedurſi l' età minore di Giuſeppe. Pur non ſe ne deduca al-

32 cun tempo. Certamente non mi ſi oppone la preſcrizion centenaria, o l' immemoriale, che non ſolo per diſpoſizion del jus Civile, ma per diſpoſizione ancora del jus Canonico, da ſe vale per titolo, ed eſclude qualunque

33 preſunzion di mala fede (*a*). Mi ſi oppone la tricennale, che, ſebbene in virtù del jus Civile renda ſicuro il poſſeſſore, tuttochè nè titolo abbia, nè buona fede (*b*); nondimeno, ſecondo il jus Canonico, che, dopo la notiſſima Deciſione fatta dintorno a ciò dal S. Conſiglio, è divenuto una Legge del Regno, non altrimenti giova al poſſeſſore, che ſe abbia titolo, e buona fede (*c*): e queſta, e quello a Giambatiſta Doria mancaron del tutto: e ſe ſi conceda, che non gli foſſe mancato il titolo, concioſiachè la dazione *in ſolutum*, o la compera ſia da

ſe

(a) Gonzalez *ad cap. ſi diligenti* 17. *de praeſcript. num.* 15. De Roſa *conſult.* 12. *num.* 46. & 47.

(b) *L.* 7. & 8. *pr.* & §. 1. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.*

(c) *Cap. vigilanti* 5. *de praeſcript.*

se atta a trasferire il dominio, gli mancò di certo la 34
buona fede, la quale propriamente consiste *non in scientia rei alienae, sed in scientia injustae possessionis*, come, dopo il Cujacio, e l' Osualdo, scrive il Gonzalez (*a*). E come potea non essere ingiusto il possesso di quel feudo, che, o si abbia per titolo la dazione *in solutum*, che fu poi da' medesimi contraenti annullata, o si abbia per titolo la compera, che susseguì, sempre è vero, che fu posseduto senza le solennità dalla Legge necessariamente volute. Chiunque possiede roba, *sine sollemnitate a jure praescripta, malae fidei possessor est*, dice nel 35
sopraccitato luogo il Gonzalez. Nè mi si dica, che di 36
quel, che avvenne nel secolo passato, non è da giudicare secondo la suddetta recentissima Decisione del S. Consiglio, ma secondo il detto Capitolo, *Si quis per triginta*, e la detta Costituzione, *Consuetudinem pravam*, che ammisero la prescrizion tricennale, come aveala il jus Civile introdotta. Molto tempo prima del passato secolo, non che della recente Decisione del S. Consiglio, anche per la prescrizion tricennale il jus Canonico, nol Civile osservavasi nel nostro Regno: e'l notarono Matteo degli Afflitti, e Camillo de Curte, sponendo cotesti due testi feudali. Il primo, nel comento sul Capitolo *Si quis per triginta* (*b*), ci lasciò scritto così: *Ista possunt esse vera de jure civili, quod non consideravit Paradisum, & Infernum; sed de jure Canonico, dico, quod malae fidei possessor nullo tempore praescribit.* e nel comento sulla Costituzione di Federigo (*c*): *Fuit inventa* (la detta prescrizion di 30. anni) *ab Imperatoribus, qui non consideraverunt nec Infernum, nec Paradisum, sed,*

(a) *Ad cap. quoniam 20. de praescript. num. 6.*
(b) *Not. 1. num. 3.*
(c) *Num. 7.*

ſecundum jus Divinum, poſſeſſor malae fidei nullo tempore praeſcribit propter peccatum, quia retinet cum mala fide rem, quae eſt alterius. Il ſecondo (*a*) ancora ſcriſſe: *Haec praeſcriptio annorum 30. procedit jure civili attento abſque bona fide; ſed de jure Canonico, etiam longior, ſine bona fide non procedit* (*b*): *De jure Canonico, QUOD ATTENDENDUM EST, non ſervatur, quia omnino & bona fides, & tituli probatio requiritur.*

37 Che ſe a tenore del jus Canonico, perchè abbia luogo la preſcrizion tricennale, aſſi a provare il titolo, non ſarà mai vero, che 'l jus di rivocare l' alienazion del feudo alla preſcrizion tricennale ſoggiaccia. Suppone coteſto jus, che manchi l' aſſenſo o per fatto, o per dritto, come nel caſo noſtro, per riſpetto della dazione *in ſolutum*, manca per dritto; e, per riſpetto della compera, manca per fatto: ſeguentemente ſuppone, che 'l titolo, onde il feudo ſi poſſiede, ſia un titolo, a cui reſiſta la Legge, e perciò manifeſtamente vizioſo: onde, mancando la pruova del giuſto titolo, anzi eſſendoci la pruova contraria, ceſſa del tutto la preſcrizione. Tratta maeſtrevolmente un tal punto il Molina (*c*), diſtinguendo due caſi: l' uno, quando il titolo *non eſt omnino a jure reprobatus, ſed talis, cui nec jus aſſiſtat, nec reſiſtat, ſeu in quo modicae ſollemnitatis defectus invenitur:* ed in queſto caſo, e' dice, che non baſta a non far valere la preſcrizion di 30. anni: l' altro, quando il titolo *eſt reprobatus a jure, & cui lex reſiſtit, ſeu manifeſte vitioſus* (e reca l' eſempio di un contratto fatto ſenza le debite ſolennità, qual è 'l noſtro) ed in queſto caſo e' dimoſtra, che la preſcrizion di 30. anni non vale nè molto, nè poco.

Ol-

(a) *Diverſ. jur. feud. num.* 127.
(b) *Num.* 132.
(c) *De primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 68. *verſ.* Caeterum.

Oltracciò riſpondo, che potrebbero aver luogo i ſuddetti due teſti feudali oggi, che per ſomma noſtra ventura, preſente nel Regno è 'l Sovrano, non quando ancor foſſe, com'è ſtato per tanti, e tanti anni, governato il Regno da' Vicerè. Strano, a prima giunta, par queſto, che dico: e pure dico io coſa da' Dottori inſegnata ſenza contraddetto di alcuno. Il Capitolo del jus feudale comune, parla di colui, che per 30. anni *feudum poſſedit, & ſervitium Domino exhibuit, quamvis non ſit inveſtitus*. Parimente di colui parla la noſtra Coſtituzione, che per 30. anni *feudum poſſidet, de quo certum, & deſignatum ſervitium Curiae debeatur*. La preſcrizion tricennale de' feudi, non nel ſolo poſſeſſo di 30. anni ſi appoggia, come la tricennale delle altre coſe a tenore del jus Civile. Si appoggia ancora nella preſtazion del ſervigio feudale: e forſe in queſta, più che in altro, ſi appoggia. Colui, che, poſſedendo l'altrui feudo, preſta per 30. anni il ſervigio al Principe, col fatto gliene chiede l'inveſtitura: e 'l Principe, che per 30. anni accetta il ſervigio, che da colui gli ſi preſta, gliene dà col fatto l'inveſtitura. Ecco un tacito contratto tra 'l Principe, e 'l vaſſallo: ecco una inveſtitura preſunta. Così, dopo l'Iſernia, Matteo degli Afflitti (*a*): *Preaſſumitur legitime inveſtitus . . . . . praeſumitur inveſtitura, & dicitur iſta praeſumta inveſtitura*. Così Camillo de Curte (*b*): così Orazio Montano (*c*), ed altri. Che ſe da coteſta preſunta inveſtitura dipende la preſcrizion tricennale de' feudi, ecco la ragion della differenza tra 'l caſo dell'aſſenza, e 'l caſo della preſenza del Re. Quando è 'l Re preſente nel Regno, ſi preſta allora il ſervigio a

38

39

40

. . . . . chi . . .

(a) *Ad d. Conſt. num.* 2.
(b) *Diverſ. jur. feud. num.* 142.
(c) *Ad L. Imperialem §. praeterea Ducatus, num.* 151.

chi può dare la vera inveſtitura, qual'è la ſola ſacra perſona del Sovrano: quandochè poi aſſente dal Regno è'l Principe, e quì tiene il ſuo luogo un Vicerè, l'atto della preſtazion del ſervigio ſi ſpediſce allora dinanzi a colui, che non ha la poteſtà di dar la vera inveſtitura: e ſe poteſſe aver luogo, in tal caſo, l'inveſtitura preſunta, ne ſeguirebbe una ſconcezza, cioè, che quel Vicerè, ch'eſpreſſamente non può darla, la darebbe tacitamente, e preſuntivamente, e varrebbe più 'l tacito, che l'eſpreſſo, più 'l preſunto, che 'l vero: *Aliud notabile*, dice Camillo de Curte (*a*), *in hac materia praeſumtae inveſtiturae eſt oſtendendum, quod illa locum habet, quando actus, qui fiunt pro illa inducenda, fiunt coram ipſo, qui de novo poſſet facere inveſtituram veram: ſi autem fierent coram eo, qui tali auctoritate careret, tunc talis inveſtitura praeſumta non induceretur: & ratio in promtu eſt efficaciſſima, ne plus valeat tacitum, quam expreſſum, & magis praeſumtio, quam rei veritas.* Non altrimenti il Montano (*b*): *Demum in hac praeſumta inveſtitura praeſcripta attendi debet, quod praeſtatio ſervitii feudalis pro re poſſeſſa, fiat ipſi Domino, qui poteſt de novo inveſtire, alias ſi fieret Procuratori, vel Vicario illius, vel minori, non induceretur talis praeſumta inveſtitura, ne plus valeat tacitum, quam expreſſum, & magis praeſumtio, quam rei veritas. Et ideo in Regno noſtro non poteſt practicari haec praeſumta inveſtitura ob abſentiam Regis, cujus Prorex non poteſt de novo inveſtire.* E quà ſi appartiene quel, che di ſe ſcrive Gianvincenzo d'Anna. E' ſcrive (*c*), ch'eſſendo giovane, e difendendo nella R. Camera co-

(a) *Loc. cit.*

(b) *Loc. cit.*

(c) *In repet. rubr. & cap. 1. de vaſal. decrep. aetat. num. 451.*

coteſta preſunta inveſtitura, preſente il Luogotenente di quel tempo Franceſco Revertera, coſtui gli riſpoſe, che l' allegata inveſtitura non avea luogo nel Regno ſenza dirgliene la ragione; ma che, fattoſi egli a ricercarla, trovò, che la ragione era l'aſſenza del Sovrano dal Regno: *Dum cauſſas agebam in R. Camera, quum juvenis eſſem, coram illo doctiſſimo Locumtenente Franciſco Reverterio, allegabam hanc noſtram praeſumtam inveſtituram, & ſaepe nos docebat, non procedere in Regno, neque nobis aliquid allegabat ſola ſua maxima auctoritate fretus: Sed ego conſiderabam, fuiſſe rationem, quia talis praeſumta inveſtitura deſiderat praeſentiam Domini in Regno, qui, quum ſemper abſens ſit, nunquam poſſit conſiderari talis praeſumta inveſtitura:* ed ora s'intende, perchè 'l de Roſa (*a*), e 'l de Luca (*b*), in parlando del Capitolo *Si quis per triginta*, ch' è la ſteſſa coſa, che la noſtra Coſtituzione, ci laſciarono ſcritto: *Doctores noſtri* (uſarono eſſi le ſteſſe parole) *communiter voluni, in Regno non habere locum textum in* cap. *Si quis per triginta.*

Finalmente riſpondo, che ſebbene il Reggente de 41
Marinis (*c*), per argomento tratto dai due ſopraccitati teſti feudali, aveſſe opinato preſcriverſi per lo ſilenzio di 30. anni l' azion rivocatoria dell' alienazion del feudo, nondimeno, non è valuta nel foro la di lui autorità contra la comune ricevutiſſima ſentenza, che preſcrivaſi per quello ſteſſo ſpazio di tempo, che in virtù della Coſtituzione *Quadragenalem* ſi richiede a preſcrivere il R. aſſenſo, e 'l jus della caducità ſpettante al R. Fiſco per l' alienazion fatta del feudo ſenza l' aſſenſo del Principe;

vale

(a) *Conſult.* 23. *num.* 61.
(b) *Ad de Marinis lib.* 2. *reſol.* 234. *in fine.*
(c) *Reſol. lib.* 1. *cap.* 234.

vale a dire, per lo ſpazio di anni 100. Queſta è la dottrina degli antichi Spoſitori delle noſtre Coſtituzioni: ed o quanto belle ſono le ragioni, onde la confermano due giudizioſiſſimi Scrittori de' tempi a noi vicini, Giuſeppe de Roſa (*a*); e 'l Canonico de Luca (*b*). Non ſi
42 dubita, che per lo jus feudale comune nel *Cap.* 1. *Imperialem de prohib. feudi alien. per Feder.*, e nel *Cap.* 1. *de vaſal. qui contra Conſt. Lotb.* l' alienazion del feudo ſenza l' aſſenſo del Principe era nulla a ſegno, che quantunque i contraenti la rivocaſſero, non evitavan perciò la pena della caducità. Nè men ſi dubita, che l' Imp. Federigo II. colla Coſtituzione, *Conſtitutionem Divae memoriae*, nel tempo iſteſſo, che laſciò ſalvo al ſuo R. Fiſco il jus della caducità, fece a' feudatarj la grazia di poter' evitare la detta pena, rivocando, prima di eſſer prevenuti dal Fiſco, le alienazioni fatte ſenza l' aſſenſo. Ce ne aſſecurano l' Iſernia (*c*), l' Affitto (*d*), il Conſ. di Giorgio, e i Reggenti Tapia, e Galeota appreſſo il de Roſa (*e*). Poſto ciò, chi non intende, che tanto durar dee ne' feudatarj il jus di rivocare le sì fatte alienazioni, quanto dura nel Fiſco il jus di pretendere la caducità? La grazia fatta a' feudatarj da Federigo, fu non altro, che un rimedio contr' al male, che lor faceva il jus feudale comune: nè un rimedio inefficace, ed incerto, ma efficace, e ſicuro, come quello, che lor veniva dalla Legge del Principe, donde veniva anche

loro

(a) *Conſult.* 23. *a num.* 44.

(b) *Ad de Marinis d. cap.* 234.

(c) *Ad d. cap. Imperialem num.* 16.

(d) *Ad Conſt. Conſtitutionem divae memoriae, num.* 40, *& deciſ.* 335. *num.* 11.

(e) *Num.* 47.

loro il male. E com' è da credere, che quel Principe, il quale di proprio moto, e per Legge generale, volle far grazia a' ſuoi feudatarj di un rimedio tanto efficace, e ſicuro, voleſſe poi, che 'l mal duraſſe molto più, che 'l rimedio? Oltracciò, non può negarſi, che cotetto jus di rivocare, non altronde naſce, che dalla nullità dell' atto, concioſiachè non altrimenti ci permetta 43
la Legge di venire contr' al fatto proprio, che quando l'atto è nullo del tutto (*a*). Se dunque la nullità dell' alienazione, ch' è la cauſa dell' azione, dura 100. anni, tanto, e non meno, dee durar l' azione, che n' è l' effetto.

Nè la Coſtituzione, *Conſuetudinem pravam*, può, 44
come crede il de Marinis, trarſi al caſo della Coſtituzione, *Conſtitutionem divae memoriae*. In quella prima, ſi ſuppone alienato il feudo con tutte le ſolennità; ma *a non domino*, *ideoque non eſt locus caducitati*, ch' è l' intereſſe del Fiſco, *quia alienatio facta a non domino, non potuit efficere, ut verus dominus in caducitatem incurreret*: in queſta ſeconda, ſi ſuppone alienato dal vero padrone il feudo, ma ſenza l'aſſenſo, onde ci è l'intereſſe del Fiſco, *ob caducitatem incurſam*: conſeguentemente, nel caſo di quella prima Coſtituzione, è diretta la preſcrizione contra la parte, che per ineſcuſabile negligenza laſcia per 30. anni poſſedere il ſuo feudo da un terzo, che non ha cauſa da lui: al contrario, nel caſo di queſta ſeconda, è diretta la preſcrizione *contra fiſcum*, perchè *non poteſt dari praeſcriptio adverſus facultatem revocandi, quin eodem tempore praeſcribatur adverſus fiſcum caducitas jam incurſa, ad quam evitandam conceſſa eſt par-*

(a) *L. quemadmodum 7. C. de agric. & cenſit. lib. 10.*

ri facultas revocandi. Così l'Canonico de Luca, *verſ. Primo quia*. E tanto baſta per ora.

Di Caſa nel dì 30. del meſe di Agoſto dell'anno 1774.

Fine del Tomo VII.

592936